CURSO DE LAW & ECONOMICS

Armando Castelar Pinheiro
Jairo Saddi
Ed. Campus

1 Uma introdução a Law & Economics
- 1.1 A importância do estudo conjunto do Direito e da Economia
- 1.2 O papel do Direito na Economia
- 1.3 Porque um advogado precisa entender de economia ?
- 1.4 Pequeno histórico: a Escola de *Law & Economics*
- 1.5 Alicerces teóricos de *Law & Economics*
- 1.6 Plano da obra e plano de estudos
- 1.7 Linha geral da obra: A eficiência *versus* a distribuição, a importância da lei como instrumento de redução de risco

2 Como o Direito funciona ?
- 2.1 Direito Romano, Direito Anglo Saxônico, História e fundamentos do Direito Brasileiro e dicotomia entre o Direito Privado e Direito Público no Brasil
- 2.2 Instrumentos e instituições de direito. Principais conceitos para os não-advogados
- 2.3 Constituição e Direito. Princípios do sistema jurídico
- 2.4 Institucionalidade do sistema legal no Brasil: o papel do Poder Judiciário, do Legislativo e do Poder Executivo
- 2.5 O Poder Judiciário como uma instituição econômica
- 2.6 Resumo do Capítulo
- 2.7 Glossário
- 2.8 Sugestão de leituras
- 2.9 Exercícios

3 Firmas, consumidores, e mercados: Os fundamentos microeconômicos
- 3.1 Teoria da Firma
- 3.2 Teoria do Consumidor
- 3.3 Estruturas de Mercado
- 3.4 Teoria dos Jogos e Direito
- 3.5 A Economia dos Custos de Transação

4 Uma Teoria Econômica do Direito: Principais conceitos e fundamentos

4.1 Teoria econômica e desenvolvimento: o papel do Direito. Evidência Empírica

5 Contratos (JS)

5.1 Estudo de casos.
5.2 Resumo do Capítulo
5.3 Glossário
5.4 Sugestão de leituras
5.5 Exercícios

6 Direitos de Propriedade (JS)

6.1 Estudo de casos
6.2 Resumo do Capítulo
6.3 Glossário
6.4 Sugestão de leituras
6.5 Exercícios

7 Crime e *Law & Economics*

7.1 Estudo de casos.
7.2 Resumo do Capítulo
7.3 Glossário
7.4 Sugestão de leituras
7.5 Exercícios

8 Tributos

8.1 Estudo de casos.
8.2 Resumo do Capítulo
8.3 Glossário
8.4 Sugestão de leituras
8.5 Exercícios

9 A regulação dos serviços públicos
- 9.1 Porque o setor de serviços públicos precisa ser regulado?
- 9.2 Uma descrição dos serviços públicos no Brasil nos vários níveis (privado / público federal / estadual, municipal, cobertura e custos.
- 9.3 Direito e instituições regulando os serviços públicos no Brasil
- 9.4 Estudo de casos
- 9.5 Resumo do Capítulo
- 9.6 Glossário
- 9.7 Sugestão de leituras
- 9.8 Exercícios

10 A Regulação Setorial na Infra-Estrutura
- 10.1 Telecomunicações
- 10.2 Setor Elétrico
- 10.3 Transportes
- 10.4 Água e Saneamento
- 10.5 Glossário
- 10.6 Sugestões de leituras

11 Concorrência
- 11.1 Porque a concorrência é boa e porque a aplicação das leis anticoncorrenciais é necessária?
- 11.2 Políticas econômicas que facilitam ou atrasam o desenvolvimento econômico
- 11.3 A legislação brasileira sobre concorrência e o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
- 11.4 Críticas ao atual sistema de concorrência ?
- 11.5 Estudo de Casos
- 11.6 Resumo do Capítulo
- 11.7 Glossário
- 11.8 Sugestão de leituras
- 11.9 Exercícios

12 A regulação dos mercados financeiros
- 12.1 Justificativas para regular os mercados financeiros
- 12.2 Alguns números: Uma descrição do setor financeiro no Brasil (profundidade, crescimento, estabilidade, riscos, concorrência, oferta de crédito, etc.
- 12.3 Direito e instituições dos mercados financeiros: a oferta de crédito
- 12.4 Garantias bancárias
- 12.5 Insolvência e crédito
- 12.6 Estudo de casos
- 12.7 Resumo do Capítulo
- 12.8 Glossário
- 12.9 Sugestão de leituras
- 12.10 Exercícios

13 Mercado de Trabalho no Brasil
- 13.1 As políticas legais e públicas do mercado de trabalho
- 13.2 A evolução do Direito do Trabalho: A era Vargas
- 13.3 Principais linhas e princípios constitucionais do Direito do Trabalho
- 13.4 Por que reformar?
- 13.5 Emprego e empregabilidade: os principais desafios.
- 13.6 Resumo do Capítulo
- 13.7 Glossário
- 13.8 Sugestão de leituras
- 13.9 Exercícios

14 Tópicos em Law & Economics
- 14.1 Proteção ao Direito do Consumidor
- 14.2 Direito da propriedade intelectual
- 14.3 Proteção ambiental
- 14.4 Resumo do Capítulo
- 14.5 Glossário
- 14.6 Sugestão de leituras
- 14.7 Exercícios

CAPÍTULO I: UMA INTRODUÇÃO A LAW & ECONOMICS

1.1 A importância do estudo conjunto de Direito e da Economia.

1.2 O papel do Direito na Economia

1.3 Porque um advogado precisa entender de economia?

1.4 Pequeno histórico: a Escola de *Law & Economics*

1.5 Alicerces teóricos de *Law & Economics*

1.6 Plano da obra e plano de estudos

1.1 - A importância do Estudo conjunto do Direito e da Economia.

As relações entre economistas e juristas sempre foram marcadas por diferenças não raro intransponíveis. É conhecida, por exemplo, a aversão que John Maynard Keynes tinha por advogados: certa vez, durante a reunião de Bretton-Woods, o ilustre economista britânico teria afirmado que os advogados eram os únicos na face da terra que transformavam a poesia em prosa e a prosa em jargão ! Em outra ocasião, afirmou que o Mayfair (o navio que trouxe os pioneiros colonizadores ao Novo Mundo) deveria ter atracado *"packed with lawyers"*, numa referência muito pouco elogiosa à quantidade de advogados existentes naquele país. Mesmo assim, curiosamente, o pai dos economistas liberais, Adam Smith, foi professor de *Jurisprudence* , tradicional matéria de Direito, ainda que ele também não tivesse uma opinião muito enaltecedora da profissão.[1]

Entre nós, igualmente tormentosa foi a relação entre juristas e economistas.

Aliás, a quantidade de piadas sobre advogados que proliferam não apenas nos Estados Unidos, - que distorcendo a imagem do profissional do direito --, tem certa origem histórica e pode não ter nascido com os economistas, mas em função do próprio *status quo* do profissional: em geral, membro da nobreza. Shakespeare, aparentemente, também tinha pouco apreço pela categoria. Na peça, *Henrique VI*, um dos rebeldes, Dick, o Açogueiro, sugere que sejam liquidados todos os advogados! Menos radical, mas ainda no século passado, uma charge no New York Times mostrava a seguinte justificativa dada por um deles: "sou um membro da profissão legal, mas não uma advogado no sentido pejorativo." Em defesa da categoria, mas ainda em tom de ironia, por sua vez, Doris Lessing sugere que a

[1] Mary Ann GLENDON. *A nation under lawyers.* Cambrige, Mass : Harvard University Press, 1994. pág. 21

única coisa que não se ensina na Faculdade de Direito é a tolerar os tolos.[2] Todos conhecemos outras piadas com evidente sentido de comédia. O aparente conflito, contudo, é sério e merece reflexão.

É certo, todavia, que, na opinião dos juristas, foram os economistas (e na opinião dos economistas, os juristas) quem alargaram as divisões e diferenças entre as duas profissões. George Stigler, por sua vez, observou o cerne do debate é que havia uma verdadeira dificuldade de comunicação entre as duas profissões: *"Enquanto a eficiência constitui-se no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda a ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Esta diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas."* [3]

Mais recentemente, foram os planos de estabilização econômica, que acabaram por aumentar ainda mais a fossa entre advogados e economistas, já que é corrente a crítica de que, alguns economistas trabalharam para Governos que, nos seus diferentes planos de estabilização da moeda e programas de desenvolvimento, sistematicamente desprezarem as liberdades públicas e os direitos individuais. [4]

O embate entre direito e economia cresceu na década de 80 com a avalanche de planos econômicos e com a Constituição de 1988 que deu ao Poder Judiciário novas (e importantes fronteiras). Além disso, pela própria natureza do Direito, alguns dispositivos 'abertos', no sentido de vagueza e abrangência foram celebrados na nova Carta tornando a sua interpretação cada vez mais ampla. O resultado da conjunção entre dispositivos abertos e a crescente hegemonia do Poder Executivo resultou no que há de mais nefasto no sistema moderno: um enorme déficit nas

---

[2] Idem, ibedem.

[3] George STIGLER. *Law or Economics ?* The Journal of Law and Economics. Vol. 35, n. 2, out. 1992. pág. 462-3.

[4] José Eduardo FARIA. *Direito e Economia na democratização brasileira.* São Paulo : Malheiros, Editores, 1993, pág. 9.

contas públicas, tanto interno quanto externo, sem a contrapartida do crescimento econômico. José Eduardo Faria resume as diferenças num paradoxo complexo e quase insolúvel: *"Na realidade, para neutralizar o risco de crises de governabilidade não cabe ao sistema judicial pôr objetivos como disciplina fiscal acima da ordem jurídica. Zelar pela estabilidade monetária é função do sistema econômico. Como o papel do sistema judicial é aplicar o direito, ele só está preparado para decidir entre o legal e o ilegal. Evidentemente, o sistema judicial não pode ser insensível ao que ocorre no sistema econômico. Mas só pode traduzir essa sensibilidade nos limites de sua capacidade operativa. Quando acionado, o máximo que pode fazer é julgar se decisões econômicas são legalmente válidas. Se for além disso, a Justiça exorbitará, justificando retaliações que ameaçam sua autonomia. Como os juízes poderão preservá-la, se abandonarem os limites da ordem jurídica? Por isso, quando os tribunais incorporam elementos estranhos ao direito, eles rompem sua lógica operativa e comprometem os marcos legais para o funcionamento da própria economia."* [5]

Além disso, não se pode ignorar que todo sistema jurídico ou econômico está umbilicalmente ligado ao sistema político. E o nosso sistema político privilegiou a confusão reinante entre direito e economia. Por exemplo, até por considerar os nossos tribunais superiores não como Cortes da federação com a função de controlar o sistema constitucional, mas como simples tribunais de justiça de terceira ou quarta instância às partes, o sistema judicial brasileiro apresenta uma disfunção intrínseca grave. Num sistema democrático, resolver (e reformar) tal estrutura de solução de conflitos é imperativo e urgente. No entanto, passados anos de debate sobre a reforma do Poder Judiciário, reina a inação na política quanto ao tema.

Se o Judiciário tem o condão de aumentar custos do Estado, em especial quando julga sem considerar a extensão de suas decisões no plano econômico, tal situação, em especial no Supremo Tribunal Federal se agigantou. O problema é insolúvel porque por um lado se é preciso garantir que a justiça seja feita no plano individual, por outro não se pode chegar ao ponto de falir o Estado (e a sociedade) para tanto.

[5] José Eduardo FARIA. *A justiça e os argumentos de ordem fiscal.* O Estado de S.Paulo. 29/06/2004. pág. A-2

O mesmo Prof. José Eduardo Faria aquilata: *"Por isso, tendo em vista a segurança do direito, não se pode cobrar economicamente da Justiça aquilo a que ela não tem condições de atender juridicamente. Insistir em argumentos de ordem fiscal em detrimento de argumentos jurídicos, como tem feito o governo para pressionar o STF, é complicar as coisas. O que os responsáveis por essas pressões têm de entender é que crises de governabilidade não surgem apenas quando os tribunais agem sem "realismo econômico". Elas também irrompem quando a Justiça, ao abandonar a lógica do legal versus ilegal, abre caminho para a justaposição de suas esferas de competências com as dos sistemas econômico e político. Como verso e reverso de uma mesma moeda, a erosão da certeza jurídica decorrente dessa indiferenciação entre os Poderes é a negação aos mercados da segurança legal que tanto reivindicam."*[6]

Seja qual for a origem histórica de tais desavenças, é inegável que hoje se compreende a necessidade de ampliar as fronteiras entre uma e outra ciência humana como ponto de partida para encaminhar o debate.[7] Seja pela necessidade de estabilidade econômica, hoje reconhecida como necessária a um sistema legal eficiente, seja por meio da estabilidade das normas, igualmente reconhecida como imprescindível ao desenvolvimento econômico, é preciso por mãos à obra e aproximar as duas áreas. Por óbvio, ainda restam muitas arrestas a ser aparadas, e as dificuldades de comunicação a que se referem Stigler, igualmente mostram a extrema dificuldade com que os significados e institutos jurídicos e os conceitos da teoria econômica confluem.

Está claro que para os juristas o mundo mudou e muito. Além disso, confirma-se a impressão comum que aos advogados não exercem mais o papel que antes lhes era reservado. Desde que Bolimbroke criou, e Montesquieu sistematizou, a tripartição dos poderes, a administração da Justiça passou a ser função do juiz que julga, do

---

[6] Idem, ibedem.

[7] Esta diferença – e sua explanação – já eram compreendidas pelo Juiz Oliver Holmes, da Suprema Corte dos EUA. No final do Século passado, ele, muito originalmente, afirmou que: "para o estudo racional da lei, o homem das letras pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem das estatísticas e o senhor da economia." Oliver Wendall HOLMES. *The path of law.* 10 Harvard Law Review, 457, 469 e 474 (1897).

promotor que representa a sociedade e do advogado que defende os interesses de seus clientes. Por certo, este modelo não pode mais se aplicar nos dias de hoje. [8]

Ao menos quanto se refere ao advogado, garantiu-se a ele, no passado, o papel de intérprete da lei, dos direitos e dos deveres. A figura incontrastável do bom orador e do hábil e negociador perdurou por pelo menos quinze séculos e está definitivamente superada. Reconhece-se, contudo que o advogado é imprescindível para garantir que os interesses de seus clientes não serão lesados, defendê-los se houver prejuízos e servir como intermediário em negociações mais difíceis. Hollywood imortalizou as sintéticas frases *"talk to my lawyer"* ou ainda *"see you in court"*, como sinônimos da importância instrumental do advogado, -- mesmo num país hostil a sua função --, mas essencial para a preservação de direitos fundamentais objetivos e subjetivos como um dos elementos mais importantes da democracia.

No entanto, ao optar por trabalhar em hipóteses teóricas e condicionais que quase nunca se materializam, o advogado era visto até ontem como uma espécie de chato necessário. E mesmo que pudesse ter razão em situações mais extremadas, seu papel na comunidade empresarial não era considerado como construtivo. Sempre engasgava com detalhes e com questões menores, era geralmente moroso no que fazia e sua contribuição, no mínimo, modesta. Sendo assim, na opinião de muitos, era uma das funções que mereciam ser urgentemente terceirizadas.

Essas visões, se representavam a imagem geralmente aceita do advogado, se provaram completamente equivocadas e distorcidas da realidade e da realidade atual que se impõe aos negócios. Como em tudo, a sociedade está em constante mutação e não poderia ser diferente para os advogados. Por um lado, não é mais ele quem

[8] Diz Marcos F. GONÇALVES da SILVA: "Está na hora de investir no desenvolvimento de uma visão integrada na formação do profissional de empresa. Existe uma confusão em relação aos papéis que advogados e, principalmente, economistas desempenham dentro da estrutura de gestão e governança das organizações em geral, sejam públicas, privadas, com ou sem fins lucrativos. O grande desafio para a gestão moderna é integrar, de forma dinâmica. Os responsáveis pela formulação de cenários econômicos aos que avaliam as restrições legais implícitas às decisões empresariais junto com os gestores.". *A interelação entre o Direito e a Economia.* Valor Econômico. 13-06-2003. pág. B-2.

administra o monopólio do acesso da Justiça, nem pode ser ele considerado como um elemento causador de tumultos, ganancioso e pernóstico. Seu papel mudou radicalmente para a sociedade e para as empresas. Muito mais do que um formalizador de decisões *ex-ante*, o advogado é fundamental para agregar valor ao acionista e evitar riscos que possam colocar em xeque o negócio em si. Parte destes riscos está exatamente no Poder Judiciário, ou o que Bacha, Arida e Rezende denominam de *risco jurisdicional*, transformando o panorama dado como sendo ainda mais agudo com a tão propalada crise da justiça e do Judiciário. [9]

O Poder Judiciário acabou se tornando uma alternativa ainda mais distante para solução dos conflitos. Emerge deste fato como principal causa o descolamento da lei para com a sociedade. Se por um lado é o contrato quem define regras entre as partes, (a Lei somente prevalece naquilo que conflitar com os contratos), no mundo atual dos negócios, são os Tribunais Arbitrais que passam, potencialmente, a substituir o Judiciário como arena para solução de conflitos. Ou seja, as empresas vislumbram o Poder Judiciário, em geral, como uma alternativa pouco eficiente dotada de uma relação custo-benefício desequilibrada, para ser acionada apenas em último caso. É morosa, extremamente ritualizada, imprevisível e cara. Sem contar que muitas vezes quem ganha não leva.

Se o fato concreto resume-se a constatação de que ir aos tribunais tornou-se um caminho espinhoso e cheio de riscos para os agentes econômicos, acelerou-se, com isso, o processo de transformação da formação do advogado, seja ele o executivo da empresa que é responsável pela área jurídica, seja o profissional liberal que lhe presta assessoria.

Além disso, deixou de existir uma rígida divisão entre a ciência do Direito a e ciência da Economia. Como não, há nem nunca houve, um Direito que não fosse econômico, no dizer de Fábio Nusdeo, a aplicação do direito se transformou

[9] Edmar BACHA. Pérsio ARIDA. André Lara REZENDE. *High interest rates in Brazil : conjecture on the jurisdictional uncertainty.* NUPE/CdG. Março 2004, mimeo.

inteiramente.[10] O campo de atuação do jurista passou a estar constituído eminentemente por dispositivos de cunho gerencial, de matérias que envolvem interesses econômicos. Ora, o Direito não pode deixar de perceber que o seu papel e por conseqüência, o do advogado, por si só, nada serve senão para criar regras de comportamentos que tutelam a atividade humana, que tenham, em algum momento, valor moral e valor econômico. Por outro lado, como apontam Werin e Wijkander, a teoria econômica ignorou os contratos e os efeitos microeconômico dos contratos por muitos anos. [11] Só com o trabalho pioneiro do Ronald Coase a ciência econômica passou a entender que transações humanas, comerciais e de trocas são reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos contratos, em especial quando Coase mostrou que a firma como nós a conhecemos hoje, nada mais é do que um conjunto (ou um 'feixe', como se prefere dizer) de contratos.

Do ponto de vista contemporâneo, os escândalos corporativos das grandes empresas como Enron, MCI, Parmalat, mostram também que há um certo endereçamento pessoal e moral que deve fazer com que o advogado possa adquirir múltipla capacidade não apenas técnica ou de planejamento mas aquela de longo prazo, que inclua a de responsabilidade social com o foco de curto prazo na defesa de seu constituinte.

Não por outra razão, a sabedoria prática, a técnica e o conhecimento jurídico precisam estar aliados aos efeitos de uma política corporativa que tenha em mente o longo prazo, a responsabilidade social e a credibilidade. Assim sendo o advogado deveria pensar e agir como uma espécie de reserva moral para questões públicas que pudessem afetar a reputação e o negócio em si; significa ir mais longe: significa agir também como policial vigilante de políticas arriscadas e potencialmente devastadoras no longo prazo.

---

[10] Fábio NUSDEO. *Curso de Direito Econômico.* São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais. 2000, pág. 73.
[11] WERIN L. & E WIJKANDER. H. *Contract Economics.* Blackwell Publishers, 1992. 359

É útil uma revisão do que aconteceu na chamada crise ética no mundo corporativo atual. Como alguns importantes Diretores Jurídicos foram implicados em tais escândalos, seja por prática irresponsável da profissão, seja por fraude mesmo, é preciso que sejam investigadas a natureza e a causa da postura do advogado no caso. Se um dos importantes papéis do advogado é exatamente ser o conselheiro-preventivo, porque ele não funcionou? A resposta está em parte no resgate dessa dimensão moral que deveria fazer parte da carreira jurídica. E curiosamente, exatamente tais eventos mostraram a importância de se entender direito e economia na mesma sintonia, dentro de um espectro maior de ética.[12]

Curiosamente, a origem destas transformações não é nova. Aliás, está no Direito Romano, quando, através da evolução da consciência social e de circunstâncias de fato, criou-se uma atividade voltada para a interpretação das normas de direito, desenvolvendo e adaptando o direito existente às necessidades sociais. Assim, na Roma Antiga, haviam os *prudentes*, aqueles que podiam agir, (não propriamente a defesa em juízo, esta confiada aos advogados) mas a indicação das formas; os *juriconsultos*, que monopolizavam a atividade consistente em dar pareceres e soluções de questões (a atividade de *respondere*, seja por escrito, *scribere*, a pedido dos magistrados ou particulares, ou decidir controversias, *iudices*) e os *pretores*, que administravam a justiça com poderes jurisdicionais.[13]

Law & Economics nasce como uma resposta à essas (e outras mudanças). Inicialmente como uma disciplina das faculdades de economia, o mundo do direito (se bem que, há de se dizer, o mundo da *common law*) percebe os imensos benefícios que uma teoria de economia poderia trazer ao mundo dos advogados, e em especial, respostas a um advogado que rapidamente passa a mudar de perfil.[14]

---

[12] Segundo Trevor S. HARRIS, em entrevista a Revista Business Week, "a preocupação maior é que as demonstrações financeiras das empresas estão sempre incompletas e inconsistentes, ou simplesmente pouco claras, tornando um pesadelo diferenciar os fatos da fantasia. É preciso mais clareza não apenas nas demonstrações financeiras mas nas leis que as disciplinam." 14-out-2004.

[13] Alexandre CORREA. *Curso de Direito Romano.* São Paulo : Saraiva, 1964.

[14] Bruce ACKERMAN, da Yale Law School afirma: "a abordagem econômica do Direito é o mais importante desenvolvimento no estudo jurídico do Século XX."

O presente livro didático de *Law & Economics* pretende, de forma sintética, despretensiosa e sem esgotar o assunto, reduzir a distância entre os conceitos e a aplicação dos institutos jurídicos à teoria econômica, ou, como preferimos, ocupar-se em alargar a fronteira entre as ciências do direito e da economia dentro de uma nova visão funcional do advogado na sociedade e na empresa.[15]

1.2 – O papel do Direito na Economia

Apesar de todas as diferenças, o papel do direito no crescimento econômico é fator determinante para quase todos os economistas. North e Olson apontam o Direito e as instituições legais como o fator mais importante (junto com as políticas econômicas adotadas) de sucesso de um páis. Segundo Olson, "qualquer país pobre que implemente políticas econômicas e instituições relativamente adequadas experimenta uma rápida retomada do crescimento." [16] Scully indica que países com boas instituições são duas vezes mais eficientes e crescem três vezes mais rápido, do que países com ambiente legal fraco. [17] Neste sentido, instituições legais (aqui entendias como o sistema de normas e o sistema Judiciário) ocupam um papel predominante.

Num sentido estrito, há três tipos de regras: regras de conduta, regras de organização e regras que induzem os agentes a um dado programa, (a que se denominam regras programáticas). Para Norberto Bobbio, há três funções fundamentais da linguagem (que por sua vez expressa regras de conduta, organização e regras programáticas): a linguagem pode ter função descritiva,

---

[15] Vide de Jairo SADDI, *Contribuição e crítica a Law & Economics*. Valor Econômico. 04/02/2003. pág. E-2

[16] Mancur OLSON. *Distinguished lecture on Economics in Government. Big bills left on the sidewalk: Why some nations are rich, and others poor.* Journal of Economic Perspectives vol. 10. n. 2 spring, 1996.

[17] Gerald W. Scully. *The institutional framework and economic development.* Journal of Political Economy. Vol. 96, n. 3, 1988.

expressiva e prescritiva.[18] Toda lei em si contém um elemento de prescrição; um conjunto de normas que visa determinar a conduta a organização ou o programa de um grupo de agentes econômicos deve estar suportada pela sanção do Estado, ou o que se conhece como eficácia da norma. Tais noções de teoria geral de direito são importantes para compreender porque é preciso migrar mais para o sentido mais econômico do direito que entende que as leis são comandos de autoridade que impõem custos ou benefícios nos participantes de uma dada transação e que sofrem incentivos (positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento. Neste sentido, "*law matters*".[19]

A importância de um sistema judiciário que proteja contratos e garanta os direitos de propriedade baseado num sistema de normas coerentes vinculam a justiça e o desenvolvimento econômico de modo umbilical. Douglass North, prêmio Nobel de Economia que entendeu melhor esta ligação resume: "De fato, a dificuldade em se criar um sistema judicial dotado de relativa imparcialidade, que garanta o cumprimento dos acordos, tem-se mostrado um impedimento crítico no caminho do desenvolvimento econômico. No mundo ocidental, a evolução dos tribunais, dos sistemas legais e de um sistema judicial relativamente imparcial tem desempenhado um papel preponderante no desenvolvimento de um complexo sistema de contratos capaz de se estender no tempo e no espaço, um requisito essencial para a especialização econômica."[20]

Para os economistas, segundo Stigler existem três maneiras que os economistas podem interagir. Primeiro, podem ajudar aos Tribunais e advogados como peritos e assistentes técnicos. Por exemplo, casos de direito da concorrência, de comércio exterior ou de discussões societárias podem necessitar do *expertise* do analista econômico. Além disso, economistas podem ajudar a entender o litígio judicial, os incentivos aos conflito e os custos e recompensas envolvidas nas disputas judiciais

[18] Norberto BOBBIO. P. 77. Teoria da Norma Jurídica
[19] O direito é relevante. Werner HIRSCH. *Law & Economics. An introductory analysis.*
[20] Douglass NORTH. *Structure and Change in Economic History.* New York : New York, WW Norton, 1981.

numa pesquisa econômica aplicada. Mas é da terceira forma que esta compreensão da inter-relação entre direito e economia se dá com maior intensidade: quais são os méritos e deméritos de um sistema judicial e de um sistema legal numa economia?[21] Quais são os seus impactos distributivos? Como reformar o sistema judicial em economias em desenvolvimento para que se possa propiciar maior crescimento econômico? Como escreveu Haussman, "é cada vez mais amplo o consenso sobre a vinculação entre justiça e desenvolvimento econômico." [22]. Hay, Shleifer e Vishny, afirmam na mesma toada "o primado do Direito significa em parte que as pessoas usam o sistema legal para estruturarem suas atividades econômicas e resolverem suas contendas. Isso significa, entre outras coisas, que os indivíduos devem aprender o que dizem as regras legais, estruturar suas respectivas transações econômicas utilizando essas regras, procurar punir ou obter compensações daqueles que quebram as regras e voltar-se a instâncias públicas, como os tribunais e a polícia, para a aplicação dessas mesmas regras." [23]

As leis relacionadas à atividade econômica desempenham quatro funções básicas: protegem os direitos de propriedade privados, estabelecem regras para a negociação e alienação desses direitos, entre agentes privados e entre eles e o Estado. Depois, o direito tem um papel fundamental para definir regras de acesso e de saída dos mercados. Finalmente, promovem a competição e regulam a conduta nos setores onde há monopólio ou baixa concorrência. Sherwood, Shepherd and Souza por sua vez atestam: "Em sistemas de mercado, a estrutura legal (idealmente pelo menos) estabelcerá direitos de propriedade duradouros – os quais dificilmente serão alienados de forma arbitrária – e fornecerá os meios para que esses direitos permeiem e se façam valer ao longo de toda a estrutura dos meios de propriedade: permitirá um nível substancial de atividade e garantirá liberdade o suficiente para associação no que diz respeito à formação de empresas e, considerando e definindo o caráter limitado de responsabilidade das partes, irá encorajar o crescimento do

[21] George STIGLER. op. cit. pág. 463
[22] Ricardo HAUSMANN. *La politica de la reforma juidicial en America Latina.* mimeo, 1966, pág. 41
[23] Jonathan HAY, Andrei SHLEIFER e Robert VISHNY. *Toward a theory of legal reform.* European Economic Review. Vol. 40, n. 3-5, abr.1996. pág. 559

capital, estabelecendo as bases para a dissolução ordenada de associações, firmas, *joint-ventures* e assim por diante".[24]

Como indicado também por Summers e Vinod: "o estabelecimento de um sistema legal e judiciário que funcione adequadamente e que garanta direitos de propriedade é essencial como complemento às reformas econômicas." [25] Willig anota ainda que após o sistema de privatizações passou a ser necessário um conjunto de instituições e um regime legal e judicial dentro de uma estratégia voltada às circunstâncias de cada páis. [26]

Em síntese, por seu turno, o Direito afeta de forma dramática a economia não apenas na determinação dos direitos de propriedade ou no direito dos contratos, mas por meio de sua correta aplicação pelo Poder Judiciário. E entre elas, é o Direito que explica melhor a diferença entre países desenvolvidos e não-desenvolvidos, é o respeito aos contratos e à propriedade privada o maior benefício para a economia de um sistema legal crível. Portanto, Direito é fundamental para a economia !

1.3 Porque um advogado precisa entender de economia ?

Por que os operadores de direito deveriam estudar *Law & Economics* ? Cooter e Ulen avaliam que a análise econômica do direito é matéria interdisciplinar que traz as duas áreas de estudo para uma mesma arena e facilita o entendimento de ambas.[27] A economia contribui para que possamos perceber o Direito numa nova dimensão que é extremamente útil na compreensão da formulação de políticas públicas.

[24] Robert M. SHERWOOD, Geoffrey SHEPHERD, Celso Marcos de SOUZA. *Judicial systems and economic performance.* The Quarterly Review of Economics and Finance. vol. 34, summer 1999.
[25] Lawrence SUMMERS, Thomas VINOD. *Recent lessons of development.* The World Bank Research Observer, vol. 8. n. 2, jul., 1993. pág. 249.
[26] Robert D. WILLIG. *Public versus regulated private enterprises.* Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development 1993. World Bank, 1994. pág. 156
[27] Robert COOTER e Thomas ULEN. *Law & Economics.* Reading : Addison, Wesley, Longman, 3 ed. 2000. pág. 3

Afastando-se da premissa universal do direito como instrumento de justiça – o que é amplamente contestado na prática e na doutrina – mesmo que muitos ainda possam considerá-lo como formulador ou instrumento de solução de conflitos – a maior parte do movimento de *Law & Economics* vê o direito como um conjunto de incentivos para determinar o comportamento humano por meio do sistema de preços. Ou seja, supondo em larga medida o ser humano como um ser racional (se bem que tal premissa também possa ser contestada *in totum*), o comportamento humano reage à estímulos pecuniários, já que a premissa é que, em sendo os recursos econômicos escassos, a decisão será aquela que melhor otimize a sua necessidade frente aos recursos que dispõe. Isso faz do Direito um importante instrumento para certas políticas públicas, em especial aquelas que dependem de seu cumprimento para serem eficazes ou ainda, por meio dos mecanismos que garantam certa segurança e estabilidade ao sistema.

O jurista não pode, em sã consciência, desprezar o imenso ferramental das outras ciências que lhe possibilita compreender melhor a conduta humana. O Direito é por excelência um indutor de condutas; assim, a interseção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja promover a justiça e a eqüidade do sistema social como um todo.

1.4 Pequeno histórico: a Escola de *Law & Economics* (JS)

A teoria de *Law & Economics* cuida da aplicação de determinados princípios econômicos — como os da racionalidade e da eficiência alocativa — com vistas a explicar a conduta humana e como a legislação estimula ou não tais comportamentos na formação, estrutura e processos das relações sociais. Cuida

ainda de entender qual é o impacto econômico no Direito e nas instituições legais e o impacto do Direito na economia. [28]

Como se afirmou, a linha de pensamento da *Law & Economics*, concebida a princípio como uma veia das escolas econômicas mais liberais, foi rapidamente abarcada pelas faculdades de Direito.[29] Seus enunciados não surgem num vácuo teórico pouco aplicável; antes, passam a entender o Direito como um sistema multifragmentado e multifacetado, desconexo e prolixo, que deve — e pode — ser analisado à luz de um conceito econômico preciso, o da eficiência e o da racionalidade humana. Não menos importante, *Law & Economics* se detém nas relações legais que regem a sociedade, no que consiste a contribuição do Direito à matéria.

O movimento de *Law & Economics* sempre foi considerado um movimento americano; isto não é exatamente correto. Suas origens são mais internacionais. Economistas clássicos como Adam Smith e Jeremy Bentham, e mais tarde, Pigou, Hayek, Leoni e Coase tiveram uma participação dominante, assim como teve também participação doutrinária outros, como por exemplo, Max Weber (curiosamente também um advogado e economista!).[30] É certo que o desenvolvimento nas comunicações e a rápida propagação do inglês como língua internacional permitiu uma maior identificação do movimento com os americanos; mas é certo que estudos comparativos entre as várias jurisdições permitem entender melhor a natureza econômica de certos fenômenos e suas conseqüências jurídicas.

Segundo Posner, um de seus expoentes, é pouco provável que possamos compreender o sistema 'adversarial' anglo-americano sem compará-lo com o sistema 'inquisitorial' oriundo do direito romano vigente hoje na Europa Continental. É por esta razão que *Law & Economics* não é hoje um fenômeno puramente anglo-

[28] Nicholas MERCURO e Steven G. MEDEMA. *Economics and the law*. Pricenton : Pricenton University Press, p.3

[29] Dois artigos são usualmente citados como o marco inicial do movimento de Law & Economics: De Ronald H. COASE. *The problems of social cost.* 3 Journal of Law & Economy 1 (1960) e de Guido CALABRESI. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts.* 70 Yale Law Journal. 499 (1961)

[30] Richard POSNER. *Preface. The Encyclopaedia of Law & Economics.* Kluwer, 2000.

americano e é uma arrematada tolice considerá-lo como fruto da globalização ou coisa do gênero. Mesmo que os sistemas jurisdicionais sejam essencialmente distintos – e o são como se verá neste livro – não se pode compreender, por exemplo, o regime de direitos de propriedade sem analisá-lo à luz, por exemplo, do que aconteceu recentemente com o Leste Europeu os países egressos do regime soviético.[31] Com a internacionalização do conhecimento jurídico, abre-se campo para *Law & Economics* de forma radical: se quase todas as áreas do conhecimento podem ser estudadas à luz da ciência econômica, ainda mais, o direito. Inicialmente, áreas diretamente relacionadas, tais como concorrência, regulação dos mercados financeiros, matéria tributária e assim por diante se ofereciam como campos férteis para *Law & Economics,* hoje, o movimento se expande para áreas tradicionalmente reservada aos juristas, como por exemplo, Direito de Família, Direito Ambiental e assim por diante.

O assunto não é novo — é bom enfatizar —: desde a década de 1960, pelo menos, discute-se a aplicação prática de *Law & Economics* ao Direito. Nova é, contudo, a popularização de sua leitura no Brasil e o seu ensino. Por muitos anos, os operadores do Direito enxergaram o sistema jurídico como um mero sistema de punição e coação, sem compreender todo o arsenal de subsídios que a teoria econômica poderia fornecer a tal conjunto de normas postas (ou não). Hoje, felizmente, entende-se que mesmo com premissas conceituais tão distintas (eqüidade *versus* eficiência) há mais semelhanças do que divergências.

A definição de *Law & Economics* acima, mesmo comum e geralmente aceita é traduzida de forma muito diferente dentro do próprio movimento pelos diversos autores que se debruçaram em delineá-lo nos últimos 50 anos. Ou seja, o movimento de *Law & Economics* tem diversas correntes de interpretação, apesar de ser uma única escola. O que difere nos estudos dos diversos autores é o ponto de partida para a aplicação de certos princípios nos muitos aspectos da vida econômica.

[31] Idem, ibedem.

Assim, há a Escola de Chicago, a Escola da Public Choice, os Institucionalistas e os Neo-Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos, apenas para citar alguns. São perspectivas que competem entre si na abordagem e na interpretação da formulação dos preceitos e de sua inter-relação com o processo legal e econômico. Por exemplo, para a Escola de Chicago, o agente econômico está sempre maximizando a sua satisfação num processo racional, enquanto na Escola da Public Choice, o objeto é sempre maximizar a sua reputação – há inúmeros pontos de correlação, mas um só instrumental (econômico) utilizado.

Pode-se afirmar inicialmente que o fenômeno do Direito (e por conseqüência, o da justiça) segundo Packer e Erlich é multidimensional no sentido de que tem ingerência de fundamentos históricos, filosóficos, psicológicos, sociais, políticos, econômicos e religiosos.[32] No entanto, a maneira em que se vê o Direito, tradicionalmente, é sempre por meio instrumental, ou seja, o Direito é uma das formas para que, se adotadas certas premissas, se possa promover a igualdade, a justiça e a eqüidade numa dada sociedade.[33] Ora, no âmbito do Estado Moderno tal visão instrumental está muito distorcida e divorciada da realidade: além de não poder ser entendido apenas por seu papel dogmático, o Direito é fruto de uma dada época histórica que tem, principalmente, determinantes econômicos.

É mais fácil compreender as duas áreas, direito e economia juntas, do que separadas. Ou em outras palavras, como funcionam todas as relações legais que governam a sociedade e qual é a influência do Direito na economia e por seu turno, a influência da economia no Direito ?

Inicialmente, a interpretação do Direito foi profundamente influenciada por considerações teológicas já que entendido como a revelação divina, o Direito vinha de Deus. Depois, com a transformação da sociedade e no tempo do renascimento, o Direito se torna menos secular e passa a se basear mais em certos princípios

[32] Hebert PACKER e Thomas ERLICH. *New Directions in legal education.* NY, McGraw Hill, 1973)
[33] Lewis KORNHAUSER. *The great image of authority.* Stanford Law Review, 36, jan. 1984, pág.1984.

imutáveis e existentes, como a natureza, balizando o que se conheceu como Direito Natural. Já no início do Século XIX o Direito passa a ser considerado como científico e formalmente organizado, influenciado pela filosofia do positivismo em larga medida. Aproximando-o das ciências naturais, portanto longe do divino ou do natural, mas como um conjunto de princípios e normas, coerentes e harmônicas entre si, até hoje o Direito é intensamente influenciado por essa visão orgânica e hierárquica. A pretensa construção científica do Direito – a ciência do Direito – está edificada num conjunto de normas e regras que se aplicam ao caso concreto, seja inspirado numa lei ou num precedente. Na definição de Julius Stone, o Direito Positivo é "a análise dos termos legais e a investigação das inter-relações lógicas de certas proposições legais".[34] Como será descrito no decorrer deste livro, seja por meio da aplicação da lei, seja por meio da decisão baseada num caso precedente, o sistema do direito positivo está baseado em certos axiomas que podem (ou não) ser úteis, mas que, partem de premissas do século passado. Por funcionar quase que geometricamente na solução de conflitos numa sociedade primária, certamente não consegue nem sequer explicar (e muito menos apresentar alternativas plausíveis) para a miríade de problemas de uma sociedade complexa.

No âmbito do Direito Positivo, várias correntes se distinguiram. Veio o que se conheceu como o Movimento da Jurisprudência Sociológica, onde a ênfase no Direito passou a estar na sintonia com certas inspirações de cunho social. Um juiz deveria, segundo esta corrente, conhecer as condições econômicas e sociais que afetam o caminho do Direito e fazer sua decisão resultar não no frio processo legal ou nos valores positivados, mas igualmente em certos pressupostos sociais e morais.[35] Oliver Holmes, por exemplo, indicou que se o Direito serve para certas finalidades sociais, é importante também entender as condições sociais onde se ele é aplicado.[36] Desnecessário dizer que tanto as transformações no campo da ideologia

[34] Julius STONE. *The province and the function of law.* Cambridge, Mass : Harvard University Press. 1950. pág. 31
[35] Veja que essa inspiração se traduz nos dias de hoje como princípios de eticidade e sociabilidade que regem diversas de nossas leis, como por exemplo, o Código Civil de 2002 em institutos como a "probidade e a boa fé" (Art. 422) ou mesmo a "função social do contrato" (Art. 421).
[36] Oliver W. HOLMES Jr. *The path of Law.* Harvard Law Review. 10, mar. 1897, pág. 458

quanto da própria noção e elasticidade conceitual do que seja "social" acabou por enfraquecer o movimento.

A resposta veio numa corrente que se denominou como "realismo legal". Mesmo adotando a inspiração social como eixo, o movimento passou a se valer de um foco mais empírico, mais experimental e relativo na sua atitude ao Direito. Sem deixar de atender aos clamores sociais, o Juiz não pode, segundo seus autores, se ater a direitos puramente objetivos e incontestáveis, classificações e categorias rígidas, nem a preceitos abertos e com grande dificuldade de definição (como o que seja social) mas a sua convicção se forma também pelo seu passado e pela formação dele Juiz (e estes devem estar baseados numa ampla gama de valores e num rígido processo de seleção). Ou seja, o Direito não é um conjunto de regras, mas é aquilo que o Juiz decide. Daí a visão do movimento realista de que, inevitavelmente, há certas escolhas subjetivas (baseadas em iguais valores subjetivos) que buscam o certo ou o errado. Claramente há influências sociais, políticas e econômicas em jogo nesta decisão.

Mas é a partir do movimento realista, que pensadores como Samuel Herman, ainda em 1937, primeiro soube compreender que o "Direito de um Estado nunca pode se sobrepor à sua economia" e que um sistema judicial disciplinado em valores econômicos pode ser um instrumento temperado para resolver as questões maiores do nosso tempo".[37]

Havia sido dado um passo inicial, mas certeiro, para a mudança do pensamento legal vigente. Ao entender que, em função de idéias e condições econômicas, muitas vezes se geram certas demandas legais que por sua vez influenciam a economia, ficou patente que o Direito precisa interagir com a economia e que o Direito não é apenas o que o Juiz decide.

[37] Samuel HERMAN. *Economic predilection and the Law*. American Political Science Review 31 (Oct. 1937). pág. 821.

Assim como os realistas encontraram úteis instrumentos da analise marginal de Thornstein Weblen ou John Commons, os seus excessos doutrinais não permitiram que a visão dominante do Direito, o positivismo jurídico iniciado do século XIX, fosse solapada de vez. No entanto, pode-se afirmar que foram os realistas que criaram um ambiente de maior receptividade ao movimento de *Law & Economics*.

Enquanto os fundamentos teóricos da escola de *Law & Economics* podem ser identificados, como se afirmou, a partir de Adam Smith ou de Jeremy Bentham, foi somente na década de 1960 que o interesse da aplicação de conceitos da teoria econômica ao Direito se consolidou. Graças aos estudos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Henry Manne, Gary Becker e Richard Posner, entre tantos outros, *Law & Economics* se tornou uma disciplina acadêmica autônoma com muitos seguidores pelo mundo. [38]

De todos eles, contudo, o movimento deve mais a Richard Posner, não porque ele tenha rejeitado a idéia do Direito como um ideal público ou recusado a compactuar com a visão do Direito como uma mera adjudicação do processo como meio de interpretar a lei e resolver conflito individual. Posner traduziu de fato, numa laboriosa obra, os princípios de *Law & Economics* e deu base metodológica a ela.

A habilidade do jurista de resolver os problemas dos agentes econômicos passou a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais; conseqüentemente a noção da autonomia do Direito decaiu especialmente pela necessidade de se socorrer do conhecimento em outras áreas, em especial, a economia. O Direito não pode mais ser considerado por si só, como o gerador de resultados que constituem uma verdade objetiva; antes *Law & Economics* questionou (e venceu) ao menos o consenso universal de que só o Direito se vale de meios para atingir a dadas soluções legais: este consenso desapareceu por completo.[39]

[38] Importante é o trabalho da American Law & Economics Society (www.alea.org) e da International Society of Neoinstitutional Economics. (www.isnie.org).
[39] Nicholas MERCURO e Steven G. MEDEMA. op. cit. pág. 13

Law & Economics tem muito a contribuir em quase todas as áreas do direito: a relevância potencial do tema, seja aos advogados, seja aos juristas, seja aos economistas, seduziu todos e se no início, os conceitos cabiam num único livro, hoje é virtualmente impossível se deter a todos os múltiplos aspectos do tema.

1.5 Alicerces teóricos de *Law & Economics*

Isto posto, é necessário avançar um pouco mais e desde já estabelecer quais são os alicerces teóricos de *Law & Economics* e como ele incorpora instrumentos de análise econômica. O termo se refere à métodos de economia para resolver problemas legais e inversamente, como o direito e regras legais impacta a economia e o seu desenvolvimento. Pode-se afirmar que existem entre o sistema legal e o sistema político algumas áreas lindeiras que afetam tanto a economia quanto e ciência política que nos dão o ambiente onde surge o direito. Uma boa parte do trabalho acadêmico de *Law & Economics* se originou na tradição econômica neoclássica e guarda as mesmas indagações centrais (se bem que enveredando por respostas radicalmente diferentes) da escola marxista ou da escola crítica de Frankfurt.

A análise econômica do direito pode então ser dividida em duas grandes searas, que vamos chamar de correntes: uma corrente positivista e uma normativista. A primeira prediz os efeitos das várias regras legais; por exemplo, como o agente econômicos pode vai reagir às mudanças no Direito, uma análise econômica positivista de indenizações, em matéria de responsabilidade civil, deve poder predizer os efeitos das normas de responsabilidade objetiva e subjetiva em oposição às condutas (ou comportamentos) de negligência. Já a corrente normativista vai adiante e procura estabelecer recomendações de políticas e regras legais baseadas nas várias conseqüências econômicas caso sejam adotadas. Não por outra razão, a corrente normativista estabelece como dogma o uso da expressão 'eficiência' – extensivamente usada neste livro – e que tem duas conotações importantes, também

discutidas adiante: a eficiência de Pareto, aquela na qual a posição de A melhora sem prejuízo da de B, e a chamada eficiência de Kaldor-Hicks, na qual o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B.

No entanto, as premissas fundamentais para a abordagem são mais ou menos universais e se baseiam na aplicação linear de uma análise microeconômica ao Direito.

São três as premissas que norteiam o movimento:

1. existe maximização racional das necessidades humanas;
2. os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional;
3. regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a conseqüente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social.

A primeira tem como pressuposto que agentes econômicos são maximizadores racionais de satisfação — ou seja, para suas escolhas, sempre irão se basear na adequação racional e eficiente dos fins aos meios. Esta premissa leva à inevitável conclusão de que indivíduos só se engajarão conscientemente em unidades adicionais de atividade (seja de consumo, de produção, de oferta de trabalho ou qualquer outra natureza) se o benefício auferido por aquele mesmo indivíduo for maior que o custo despendido para obtê-lo. Isso significa que, aplicada ao universo do Direito, a decisão de rescindir um contrato, de engajar-se em atividades originalmente não previstas, ou qualquer outro comportamento ilícito, faz com que, racionalmente, se comparem benefícios com custos marginais para optar-se por aquela ação. Por exemplo, o custo dos acidentes. O condutor do veículo só respeita a norma de parar em sinal vermelho porque é mais econômica tal atitude do que receber uma multa de trânsito. Aqueles que violam a lei ou os contratos, com base nessa premissa conceitual, percebem benefícios a seu favor quando estabelecem

uma comparação com custos de oportunidade que possam justificar o seu comportamento "ilegal", com o objetivo de maximizar a sua satisfação líquida.

A segunda premissa é resultante da primeira. Se os indivíduos maximizam suas satisfações racionalmente, há sempre e em qualquer lugar uma resposta ao sistema de *incentivos de preços*, ou seja, é o sistema de preços que baliza o comportamento humano. Na área legal, a norma estabelece preços (sanções pecuniárias) tais como multas, serviços comunitários ou mesmo reclusão/detenção penal para os vários tipos de comportamento ilegal. A escolha de cada opção é analisada em face dos benefícios auferidos por meio de uma comparação qualitativa, vale dizer, monetária. Não é à toa que, segundo Posner, um dos expoentes do movimento de *Law & Economics*, a função básica do Direito, numa perspectiva econômica, seja manipular corretamente os incentivos.

A terceira das premissas que definem a abordagem de *Law & Economics* consiste no conceito de eficiência, ou seja, a "maximização da riqueza" tendo em vista os escassos bens existentes. Para os seguidores de Law & Economics, o segundo significado de "justiça" é "eficiência". Por exemplo, se uma indústria é acionada judicialmente por danos ambientais, e o valor da ação é de R$ 1 milhão, e supondo-se o custo adicional de R$ 700 mil referente à instalação de filtros antipoluidores, a medida deve ser julgada procedente porque há um "ganho" de eficiência, mensurável em R$ 300 mil. Por oposição, se o autor da suposta ação puder resolver a questão ambiental por R$ 200 mil, a ação deve ser julgada improcedente, visto que, em termos mais amplos da sociedade, independentemente de quem tem razão, não houve igual ganho de eficiência. Dito de outra forma, assim se configura o célebre teorema de Coase, segundo o qual se direitos de propriedade foram devidamente assinalados e se o custo de transação for igual a zero, as partes vão sempre obter um resultado eficiente, a despeito dos direitos de propriedade inicialmente estabelecidos. [40]

[40] Ronald COASE. *The firm, the market and the law*. Chicago : The University of Chicago Press, 1988.

Para encerrar esta introdução, é necessário também afirmar que o movimento de *Law & Economics* não está isento de críticas, surgidas ao longo do desenvolvimento da teoria. Em especial a corrente normativa de *Law & Economics* sofre o mesmo tipo de crítica que sofre a escola econômica neoclássica. Podem ser divididas em quatro grandes grupos: metodologia, conceituação, abrangência e historicidade. As críticas, resumidas a proposições simplificadoras e pouco realistas da natureza humana referem-se às suas conclusões, não ao método e em nenhum momento negam as influências da economia ou de seus princípios básicos, até porque foram os próprios acadêmicos do movimento que elaboraram tais críticas.

Em primeiro lugar, falemos da *metodologia*. Segundo Patrícia Danzon, muitos dos critérios de *Law & Economics* não são científicos, uma vez que não se tenta criar uma teoria, questioná-la, para assim depreender conclusões; antes, verificam-se alguns parâmetros e, a partir desse procedimento, busca-se comprovar o que parece metodologicamente não comprovado. Daí a afirmação de que muitas das proposições são irredutíveis simplesmente porque não podem ser mensuráveis; porém, em muitos casos a metodologia de *Law & Economics* é metafísica, ou seja, é muito mais uma forma de observar como funciona o mundo com base em premissas específicas. É correta, pois, a observação de Frank Stephen: "A aceitabilidade da teoria depende então da aceitabilidade de suas premissas". No entanto, as premissas da escola de fato oferecem uma contribuição relevante à análise jurídica ao agregar ao vetusto mundo do jurista conceitos econômicos.

Um segundo grupo de críticos, entre os quais está Victor Goldberg, entende que existem problemas sérios de *conceituação* sobre a própria noção de eficiência: a idéia de eficiência não é absoluta, é determinada de acordo com certos contextos sociais, históricos e mesmo de distribuição de renda. Uma avaliação de eficiência, ademais, nunca será neutra, tendo em vista que depende de uma ideologia vigente que a condiciona e a induz.

A terceira crítica diz respeito à *abrangência*. Gordon Tullock argumenta que o direito pode ser eficiente no sentido *ex ante* do ponto de vista geral, mas não se considerado individualmente e analisado detalhadamente. Por exemplo, muitas vezes a justiça não depende de eficiência, e sim de procedimento — e de bons advogados. Para Tullock, a abrangência dos princípios de *Law & Economics* foi longe demais e é necessário estabelecer certos limites para sua aplicação. Naturalmente, não é uma crítica às premissas, mas à aplicação dos conceitos.

A última bateria de críticas se refere ao que pode ser denominado *historicidade*. Conceitos como os de racionalidade e eficiência foram formulados no século XIX, sob a égide da orientação liberal, ainda sob a influência de uma revolução industrial, em um mundo muito diferente daquele globalizado em que vivemos hoje. Há quem force a idéia de que, na busca pela eficiência do sistema, o movimento de *Law & Economics* desprezaria argumentos de natureza mais ética ou mesmo social, o que também pode ser considerado uma veia estreita da própria história, tendo em vista que a preocupação da doutrina econômica liberal não era nem ética, tampouco social. Na mesma toada, para alguns, o movimento não captura a importância de Direitos Humanos e mesmo justiça distributiva.

Certamente algumas dessas críticas têm razão de ser, mas outras evidentemente exageram em argumentos pouco convincentes. Enquanto não vem a talho debater as justificativas por meio das quais seria possível defender tais críticas, é importante lembrar que o que se pretende é uma leitura diferente do Direito e do sistema jurídico, valendo-se de regras e princípios econômicos.

Em resumo, *Law & Economics* procura trazer algumas novas respostas aos mesmos clássicos problemas: quão eficiente é o sistema de normas para induzir certos comportamentos e como uma sanção legal afeta este comportamento. As respostas

que o movimento aponta, mesmo não isento de críticas está baseado, em sua totalidade, nos princípios de eficiência e racionalidade que apontamos acima.

Keynes, economista, foi quem melhor formulou as habilidades que parecem adequadas para concluir esta breve introdução a este livro, não sem antes enfatizar a necessidade de pesquisa adicional em *Law & Economics* que se espera abrir de forma permanente. Para Keynes, os economistas (e, ouso acrescentar, os juristas) deveriam "entender símbolos, mas falar em palavras. Devem contemplar o particular em termos do geral mas tocar o abstrato e o concreto no mesmo limiar de pensamento. Devem estudar o presente à luz do passado para explicar o futuro" [41]

1.6 - Plano da obra e plano de estudos

Primeiro uma nota sobre o uso da própria expressão *Law & Economics* em português. Sua tradução mais literal é "Direito e Economia". Claramente a expressão em português apesar de sua tradução fiel não denota o mesmo sentido da segunda expressão, que é "Análise Econômica do Direito". Alguns autores brasileiros preferem o uso do termo "Economia do Direito" (Décio Zylberstazjn) enquanto outros preferem mesmo Direito na Economia. Não há, evidentemente, expressão melhor ou pior; certamente é equivocada a expressão "Direito Econômico" como conceituada nas faculdades de direito, primeiro porque esta cuida da intrevenção do Estado na Economia, da matéria de leis que se aplicam a concorrência, eventualmente à regulação, à moeda ou ao crédito. Economia do Direito parece uma boa opção, mas há, nas escolas americanas uma disciplina denominada de "Economics of the Law" (na verdade o título de um livro de Thomas J. Miceli, publicado em 1997), e sinto que a expressão trai os juristas, já que seria um capítulo especial da economia. Por tais razões, prefiro a expressão no original: *Law & Economics*. Mesmo incorrendo o pecado do anglicismo, que por si só

[41] John Maynard KEYNES.

é detestável, me curvo à falta de opções mais plausíveis. Expressões como "accountability" e "dry run" são várias que não encontram na rica língua portuguesa uma tradução à altura.

Feito este preâmbulo à guisa de introdução, passamos a apresentar o plano da obra. O presente livro se divide em outros oito capítulos. O primeiro cuida do funcionamento do Direito. Partindo de princípios do Direito Romano, Direito Anglo Saxônico, como base para discutir um pouco da história e dos fundamentos do Direito Brasileiro e também quanto à dicotomia entre o Direito Privado e Direito Público no Brasil o capítulo se propõe a lançar as bases para compreender *Law & Economics,* mas do ponto de vista do Direito. Segue-se uma descrição dos principais instrumentos e instituições de direito e quais são os principais conceitos jurídicos para os não-juristas. Ainda como forma de introduzir conceitos jurídicos ao livro, o capítulo cuida da Teoria da Constituição e do Direito e procura alinhavar quais são os princípios constitucionais ao sistema jurídico. Por fim, o capítulo cuida da institucionalidade do sistema legal no Brasil, do papel do Poder Judiciário (aqui referido como uma instituição econômica), do Legislativo e do Poder Executivo.

A cada capítulo, neste trabalho, seguirá um resumo do capítulo, dos principais conceitos apresentados, um glossário, sugestão de leituras e alguns exercícios que serão apresentados aos alunos. Enquanto o objetivo de um livro didático é procurar transmitir certos conceitos, o que se espera aqui, além disso, é poder subsidiar toda a discussão apresentada para posterior reflexão ou para trabalho em grupo. Valendo-se de textos esparsos, de discussões que foram tangenciadas no capítulo em tela, o resumo, o glossário e os exercícios devem ser considerados como uma forma de complementar a compreensão do que já foi apresentado.

O segundo capítulo cuida dos consumidores, de firmas e de mercados: procura alinhavar os fundamentos microeconômicos de *Law & Economics*. Tais fundamentos são essenciais para a correta compreensão do pressuposto básico da escola: a

eficiência econômica é útil para analisar regras legais e instituições e entender quais são as suas causas e quais as suas conseqüências. Aqui, temas como maximização, equilíbrio e eficiência são inseridos nas várias teorias microeconômicas da oferta e da procura. Enquanto é importante alguma matematização e gráficos o leitor jurídico não deve se intimidar com elas, já que o intuito é simplesmente valer deste tipo de análise para a compreensão instrumental do direito.

Segue-se um terceiro capítulo sobre Teoria Econômica do Direito, de seus principais conceitos e fundamentos. Além disso, este terceiro capítulo também cuida de uma teoria econômica do desenvolvimento: o papel do Direito no crescimento da economia e do desenvolvimento da sociedade. Buscando retratar alguma evidência empírica, e dos mais importantes institutos analisados no curso: contratos e Direitos de Propriedade, o capítulo procura responder a uma indagação chave: de que maneira o comportamento dos agentes econômicos é afetado por problemas oriundos do sistema legal ?. Outros temas recorrentes também são abordados no livro: crime (Direito Penal) e tributos (Direito Tributário) com o mesmo enfoque de *Law & Economics*. O capítulo encerra com uma proposta de estudo de casos.

O quarto capítulo cuida de concorrência. Ao procurar responder a uma indagação clássica, porque a concorrência é boa e porque a aplicação das leis anticoncorrenciais é necessária, esta incursão no Direito Concorrencial é necessária para compreender não apenas os conceitos de concorrência, mas também o impacto de tais políticas que facilitam ou atrasam o desenvolvimento econômico. Depois, o capítulo cuida ainda do funcionamento da legislação brasileira sobre concorrência e sobre o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Finaliza indicando quais são as críticas ao atual sistema de concorrência ? Seguem-se estudo de alguns casos.

O quinto capítulo se ocupa da regulação dos serviços públicos. A primeira indagação básica é porque o setor de serviços públicos precisa ser regulado? Segue-se uma descrição dos serviços públicos no Brasil nos vários níveis (privado /

público federal / estadual, municipal, cobertura e custos. Depois, o capítulo passa a analisar o Direito e instituições regulando os serviços públicos no Brasil.

O sexto capítulo trata da regulação dos mercados financeiros e quais as justificativas para regular os mercados financeiros. Apresentam-se alguns dados para exemplificar a importância do tema ao lado de uma descrição do setor financeiro no Brasil (profundidade, crescimento, estabilidade, riscos, concorrência, oferta de crédito, etc. Segue-se ainda uma descrição do Direito nas instituições dos mercados financeiros e sua mais importante agenda: o aumento da oferta de crédito como premissa para o crescimento econômico. Aqui, enfatiza-se a questão das garantias bancárias na precificação dos juros e da questão maior da insolvência e crédito no Brasil.

Um sétimo capítulo trata do Mercado de Trabalho no Brasil. As políticas legais e públicas do mercado de trabalho são detalhadas desde a evolução do Direito do Trabalho na era Vargas. Depois, alinhava-se quais as principais linhas e princípios que o Direito do Trabalho invoca e protege. Num tom mais provocativo, o capítulo procura questionar as razões do por quê reformar e qual será o impacto no emprego e na empregabilidade, um dos mais importantes temas de nossas épocas.

Finalmente são analisados no oitavo e último capítulo cinco tópicos instigantes em *Law & Economics:* a proteção ao Direito do Consumidor, o Direito da propriedade intelectual e a proteção ambiental.

Muitos são os credores do presente ensaio a quem os autores devem agradecer. Primeiro, ao apoio financeiro do BID no âmbito do projeto Livros Textos de Economia e aos comentários sempre oportunos de ..... Devemos agradecer também a Cláudio Haddad, do Ibmec que apoiou entusiasticamente desde o início o projeto. Do ponto de vista pessoal, pelas horas subtraídas do convívio familiar, a Fabiana, esposa e companheira. (COMPLETAR)

Não existe entre nós, lamentavelmente, material sobre o tema. A maior parte da literatura sobre o assunto desconsidera as particularidades de um sistema legal como o brasileiro. Mesmo o movimento do *Law & Economics,* consagrado nos Estados Unidos e Europa, sempre sofreu grande resistência no Brasil, em especial pela falta de compreensão de alguns paradigmas básicos. Por seu turno, o abismo entre os operadores de Direito e os economistas sempre foi incentivado pela cenário volátil existente (por exemplo, a contestação dos planos econômicos na Justiça) ou pela falta de crença do sistema legal na estabilidade dos contratos. É hora de aproximar as duas áreas, seja trazendo o debate para uma mesma arena, seja encorajando produção acadêmica como esta que agora se propõe.

Com isso, espera-se útil o presente trabalho tanto aos economistas quanto aos operadores de direito.

Armando Castelar Pinheiro
Jairo Saddi
Dezembro, 2004.

CAPÍTULO II: COMO O DIREITO FUNCIONA ?

1.1 Direito Romano, Direito Anglo Saxônico, História e fundamentos do Direito Brasileiro e dicotomia entre o Direito Privado e Direito Público no Brasil (JS)

1.2 Instrumentos e instituições de direito. Principais conceitos para os não-advogados. (JS)

1.3 Constituição e Direito. Princípios do sistema jurídico.

O grande Presidente Americano, Abraham Lincoln (1809-1865) certa vez afirmou que "o que é justo do ponto de vista legal pode não sê-lo do ponto de vista moral." Apesar de singela (e, aparentemente, óbvia) a afirmação – por exemplo o Direito Nazista – há uma certa confusão dos termos justiça, direito e moral. A justiça é, em geral, um princípio moral – falamos de uma situação como sendo justa ou injusta de acordo com nosso princípio moral; o Direito, enquanto conjunto de regras postas pelo Estado é o que se realiza no convívio social. O jusfilósofo, N. Hartmann, propôs que a justiça moral é individual e a justiça jurídica é social, como sendo um conceito maior (e mais amplo) do que o Direito. Da mesma forma, Frankena, em 1963, se perguntava: "Quais são os critérios ou princípios de justiça ? Estamos falando de justiça distributiva, justiça na distribuição do bem e do mal. (...) A justiça distributiva é uma questão de tratamento comparativo de indivíduos. Teríamos o padrão de injustiça, se ele existe, num caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro.(...) O problema por solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir. Numerosos critérios foram propostos, tais como: a justiça considera, nas pessoas, as virtudes ou méritos; a justiça trata os seres humanos como iguais, no sentido de distribuir igualmente entre eles, o bem e o mal, exceto, talvez, nos casos de punição; trata as pessoas de acordo com suas necessidades, suas capacidades ou tomando em consideração tanto umas quanto outras."[1]

Uma segunda forma de entender a questão de justiça, é no sentido de 'distribuição justa' ou 'o que é merecido'. Uma injustiça ocorre quando um benefício que uma pessoa merece é negado sem uma boa razão, ou quando algum encargo lhe é imposto indevidamente. Ou seja, a concepção de que os iguais devem ser tratados igualmente. Entretanto esta proposição necessita um certo alargamento. O Relatório Belmont, proposto em 1978, trazia alguma destas indagações: "Quem é igual e quem é não-igual ? Quais considerações justificam afastar-se da distribuição igual ? (...) Existem muitas formulações amplamente aceitas de como distribuir os benefícios e os encargos. Cada uma delas faz alusão a algumas propriedades relevantes sobre as quais os benefícios e encargos devam ser distribuídos. Tais como as propostas de divisão, baseado nos seguintes critérios:

- a cada pessoa uma parte igual;
- a cada pessoa de acordo com a sua necessidade;
- a cada pessoa de acordo com o seu esforço individual;

[1] Frankena WK. Ética.Rio de Janeiro: Zahar, 1981:61-2.

- a cada pessoa de acordo com a sua contribuição à sociedade;
- a cada pessoa de acordo com o seu mérito." [2]

No entanto, a lista pode ser infinita, com inúmeros outros critérios, critérios estes que podem ser aleatórios. Há, contudo, um conceito aceito (mesmo que incompleto) de justiça distributiva como sendo a distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade, de acordo com normas que estruturam os termos da cooperação social. Uma situação de justiça, de acordo com esta perspectiva, estará presente sempre que uma pessoa receberá benefícios ou encargos devidos às suas propriedades ou circunstâncias particulares. Aristóteles propôs a justiça formal, afirmando que os iguais devem ser tratados de forma igual e os diferentes devem ser tratados de forma diferente. [3]

Há muito que se escreve sobre o tema. Epicuro (341-270 aC), propunha que as leis existissem "para os sábios, não para impedir que cometam, mas para impedir que recebam injustiça. (...) A justiça não tem existência por si própria, mas sempre se encontra nas relações recíprocas, em qualquer tempo e lugar em que exista um pacto de não produzir nem sofrer dano". Ora, aqui se inclui um novo conceito à noção de justiça que a possibilidade de se infligir um dano, um prejuízo à alguém.

Do direito romano – influência no surgimento da civil law

Sobre a influência do direito romano no direito dos países latinos, entende René David (*Traité Élém. de Droit Civ. Compare,* Paris, 1950, p. 232) "o que é essencial nesta matéria e permite dizer se serem todos os nossos direitos fundados no Direito Romano, é a seguinte consideração de ordem cientifica e não de ordem legislativa: em certa época, variável em cada pais e independente de qualquer denominação

---

[2] The Belmont Report: **Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects. Washington: DHEW Publications (OS) 78-0012, 1978**

[3] Beauchamp TL, Childress JF. Principles of Bioemdical Ethics. 4ed. New York: Oxford, 1994:326-329.

física romana, nossos juristas acolheram a ciência jurídica romana e consideraram que esta ciência, magnificamente desenvolvida pelos juristas de Roma, revestia-se de valor universal, e, mais, que as regras de todos os direitos dessa época, sem se identificarem com as do direito romano, deviam ser organizadas, classificadas e sistematizadas nos quadros criados pelos jurisconsultos de Roma".[4]

Apesar de René David afirmar contrariamente, é bem verdade que o Direito Romano teve influência legislativa também, bastando analisar os textos legais de vários países da Europa Continental – não somente os latinos -, especialmente o Código Civil Francês de 1804, cujas diretrizes foram buscadas naquele direito, servindo este código como inspiração para as legislações de diversos outros países da Europa, moldando cada país conforme as tradições e condições especificas da sociedade local. Z. Crome acentuou que "entre os povos das raças romanas, reina uma uniformidade jurídica edificada sobre O Código Civil francês".[5] Pode-se dizer que nessa esteira surgiu o sistema conhecido como romano-germânico (ou *civil law)*, com a compilação e codificação do Código Romano, tendo também como fontes o Código de 1804, o Código Civil Austríaco de 1812, o Código Federal Suíço das Obrigações de 1883, o direito prussiano, o ensaio de codificação (Projeto de Dresde – 1866) e outros códigos regionais (v.g. Saxe) que consagram o direito costumeiro, sistematizando em seus textos os costumes, as normas escritas, as jurisprudências e as doutrinas, sendo este o sistema ao qual se filiou o Direito brasileiro.

Feitas estas considerações iniciais, vamos passar a definir outros conceitos relevantes numa introdução. Primeiro, o que é um sistema jurídico?

Um *sistema* é um conjunto de preceitos que devem ser agrupados, tal qual um organismo vivo funcionando. Sempre houve uma preocupação sobre a sistematização dos princípios gerais em detrimento de particularismos: a ordem

---

[4] Vicente RAO. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5 ediçao. pp. 102 e 103.
[5] Z. Crome, "Lês Similitudes du Code Civil Allemand et du Code Civil Français", *in Lê Livre du Centenaire,* II, p. 587, *apud* Vicente RAO, op. cit., p.106.

racional dos conceitos deveria se sobressair à ordem casuística dos jurisconsultos romanos. Para os liberais, o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois poderes (Executivo e Legislativo), mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela *res judicata;* generalizações a partir de casos julgados só na matéria *sub judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes, ou seja, de imporem-se a casos semelhantes no futuro, pela sua própria efetividade. No entanto, o Judiciário só funciona baseado num sistema de leis, num conjunto orgânico de leis e regulamentos.

As críticas que imperam sobre este sistema fundamenta-se sobre o culto ilimitado à lógica formal e à racionalidade da construção dedutiva, tida como válida por seu próprio rigor arquitetural, porque racional e coerente dentro do raciocínio abstrato, porém desprezando-se os resultados na vida cotidiana, tornando a efetividade uma preocupação secundária. No entanto o próprio sistema lembra que a lei não deve nunca ser injusta, e que o equilíbrio do julgamento encontra sua pedra basilar na aplicação justa da lei, realizando os valores transcendentais da justiça (*suum cuique tribuere*), harmonizando-se a aplicação da lei às conseqüências por ela trazidas. Importante frisar que também nunca são desconsideradas no sistema romano-germânico as jurisprudências, sendo as mesmas aplicadas, tanto pelos julgadores para formarem sua opinião e fundamentarem suas decisões, quanto pelos advogados na defesa dos interesses de seus clientes. Há dois sistemas jurídicos preponderantes: o common law e o sistema jurídico de Direito Romano.

Direito anglo-saxônico e *Commom Law*

O significado da palavra *Common Law* pode variar muito em relação ao uso e ao contexto próprio em que está inserida, mas em geral quer dizer que foram derivados da grande família do direito britânico. Quando se fala no sistema do *common law*, pretende-se dizer que um determinado ordenamento encontra seus fundamentos e

origens na tradição que se formou na região da atual Grã-Bretanha e não no direito continental europeu, que se formava sob as bases romano-germânicas.

Existe uma diferença sutil entre direito anglo-saxônico e *commom law*. Enquanto aquele é constituído de direitos locais e costumeiros de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra, que somente deixaram alguns traços para direitos locais ingleses, sendo portanto considerado um direito das tribos e dos reinos da Inglaterra antes da ocupação normanda em 1066, o *commom law,* que pouco influencia teve do direito anglo-saxonico, se formou a partir do *jus scriptum* e do direito jurisprudencial posterior àquela conquista normanda.

Os direitos das tribos, aplicados pelas *County Courts,* passaram a sofrer oposição pelas sentenças proferidas pelos Tribunais de Westminster, a partir de 1066, criando assim, o direito denominado *commom law,* tendo como principio a distribuição da justiça como prerrogativa do Rei, através de seus prepostos (*judges)*, que identificavam o problema de cada queixoso fornecendo-lhes um *writ,* que era uma ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação. Não havendo o *writ* não haveria a possibilidade de dizer-se o direito, e, assim, criava-se uma denegação da justiça para aquela pessoa e seu caso.

A Especialidade do Direito Escocês dentro da Common Law

A peculiaridade do ordenamento jurídico escocês só poderá ser avaliado por quem com conheça muito exatamente a situação.Ela resulta da autonomia desde cedo conquistada pelo país e das estreitas ligações entre a Igreja presbiteriana escocesa e o calvinismo da Europa ocidental, das quais resultou que a formação, durante cerca de um século, das novas gerações de juristas, ocorreu primeiro na França e mais tarde na Holanda. Ao direito romano (civil law) e da ciência jurídica do direito comum, que talvez correspondessem mais francamente ao caráter escocês, mais interessado do que o britânico na metodologia e nas questões teóricas. Hoje, a completa integração do direito escocês no direito inglês não é talvez senão uma completa integração de tempo. Por razões diferentes, o direito romano conservou ainda aqui por influência da jurisprudência holandesa, uma forte presença, na África do Sul.

Fonte: SKIN, Legal Thought in Eighteenth Century Scotland The Juridical Review. Edinburg, 1957.pp. 1 e ss

Assim é de fácil percepção que tal sistema não poderia sobreviver sem qualquer alteração, uma vez que se criavam injustiças. Criaram-se recursos que eram levados ao Rei que os decidia pela sua consciência e não mais somente pelas regras da *commom law*. Também, diversos procedimentos excepcionais passaram a ser concedidos pelo Chanceler (*the keeper of the king's conscience),* um eclesiástico, quando não houvesse um *writ* da *commom law* para o caso especifico, fazendo surgir um tribunal paralelo às Courts of Westminster, com decisões e precedentes próprios: as Courts of Chancery, cujas normas, apoiadas no Direito Canônico, eram mais evoluídas e racionais que o casuísmo dos procedimentos da *Commom Law*. Estas normas eram a *Equity,* direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor do sistema e de atender a questões de equidade. No entanto, a *Equity* passou a apresentar o mesmo formalismo e rigidez da *Commom Law* (regra do *stare decisis* – coisa julgada) e, em 1873 e 1875, aquelas cortes foram suprimidas com os Judicature Acts ingleses, passando ambos os direitos, *Equity* e *Commom Law,* para a competência dos tribunais comuns da Inglaterra.

Commom Law & Equity Law

Atualmente, as questões disputadas que pertencem à equidade (*equitable issues)* são julgadas pelo juiz togado, e as questões que pertencem à *Commom Law (legal issues)* são julgadas pelo júri. Para se determinar se uma questão é de *Equity* ou de *Commom Law* resolve-se como um *equitable issue,* ou seja, pelo juiz, sem a participação do júri.

Não se pode afirmar que todos os países de língua inglesa são de *Common Law*. O *Common Law* não é um direito puramente baseado em decisões judiciais, mas em toda um conjunto de tradição, de usos e costumes; sua fonte principal não é o sistema dos precedentes (*rules of precedents*), mas conta com a existência de inúmeras

leis escritas e não escritas. Tanto é assim que a grande parte das decisões jurisprudenciais nos Estados Unidos tratam de interpretações de definições contidas em leis (como as nossas !) que estão em determinados diplomas legais.

Os 'writs' na Common Law

Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei podia endereçar-lhe um pedido. O Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada writ (em latim: breve, em francês: bref), a um xerife (agente local do rei) ou a um senhor para ordenar ao demandado que desse satisfação ao demandante; o facto de não dar esta satisfação era uma desobediência a uma ordem real; mas o eu podia vir a explicar a um dos Tribunais reais por que razão considerava não obedecer à injunção recebida.

O sistema dos writs data do século XII, sobretudo no reinado de Henrique II (1154-1189). Se, na origem, os writs eram adaptados caso a caso, tornam-se rapidamente fórmulas estereotipadas que o Chanceler utiliza após pagamento, sem exame aprofundado prévio (de cursu); encontra ai, sobretudo, o meio de atrair o maior número de litígios para as jurisdições reais. Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos writs; pela Magna Carta de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais a dos barões ou grandes vassalos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos writs; mas o Statute of Westminster II (1285) documento capital na história do Common Law, concilia os interesses do rei com o dos barões impondo o status quo: o Chanceler não pode criar novos writs, mas pode passar writs em casos similares (in consimili casu).

Estas disposições permaneceram em vigor até o século XIX (pelo menos até 1832). A lista dos writs ficou limitada à que existia em meados do século XIII, mas introduziram-se numerosos casos no quadro tradicional dos writs existentes por aplicação do princípio da semelhança admitido pelo Statute of Westminster II.

O direito desenvolveu-se na Inglaterra desde o século XIII, com base nesta lista de writs, isto é, das acçoes judiciais sob a forma de ordens do rei. Em caso de litígio, era (e continua a ser) essencial encontrar o writ adequado ao caso concreto: o processo é assim aqui mais importante que as regras do direito positivo: remedies procede rights. O common law elaborou-se com base num número limitado de formas processuais e não sobre regras relativas ao fundo do direito. É por isso que a estrutura do common law é fundamentalmente diferente da dos direitos dos países do continente europeu.

Fonte: John GILLISSEN. Introdução Histórica ao Direito. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. Pág. 210-211

Commom Law & Statute Law

Existe e sempre existiu no direito americano uma influência muito grande dos *statute* sobre a produção normativa e aplicação do Direito pelos tribunais. Códigos específicos federais proliferaram nos últimos cinqüenta anos, especialmente nas áreas relativas à uniformização de certas disciplinas, como aqueles relativos às agências reguladoras independentes (Vide capítulo da Regulação) como no processo civil norte-americano, a arbitragem. São conjuntos normativos organizados por assuntos específicos, como o United States Code, que traz uma compilação oficial de leis federais.[6]

A *Statute Law* opõe-se à *Commom Law* , sendo aquela tida como o direito resultante dos *enactments os legislature* (tratados internacionais, constituições federal e estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos, etc). É importante frisar que na *Commom Law* o *case* servirá de norte para as decisões, sendo esta a regra, e na constatação de lacunas, busca-se a lei escrita (*statute*), excepcionalmente.

Constata-se, assim, uma diferença muito clara entre o Direito inglês e o norte-americano: a Inglaterra, proprietária de uma *Commom Law* pura, desconhece a primazia desconhece a primazia de uma constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal, mas tem idéia da primazia dos *statutes* . Nos EUA os precedentes judiciários segundo os *case laws* dos Estados são a regra e as decisões com base na lei federal são aquelas intersticiais, caracterizando um sistema misto entre a *Commom Law* e *Civil Law: o judge-made law.*

Tanto nos EUA como na Inglaterra o sistema dos precedentes (rules of precedents) é importante fonte, ditadas pelos tribunais superiores sempre. Uma decisão que se

[6] Vale lembrar que a expressão "code" conforme concebida no direito norte-americano pode levar ao equivoco de se associar ao "código" da tradição do *Civil Law* que diz respeito ao conjunto de normas sistematizadas em um documento escrito. Nos países de tradição em *Common Law*, é possível que esse "code" represente uma simples coletânea de leis que foram elaboradas e sancionadas em um dado período de tempo.

tenha tornado importante regra, é denominada *leading case,* que passa a ser caso de estudo e referência para outros casos que envolvam questões e discussões semelhantes.

Uma sensível diferença entre a *commom law* e o sistema romano-germânico é que naquele direito a *judicial decision* (sentença ou acórdão quando se trata de precedente) gera um efeito além das partes ou da questão envolvida, pois cria precedente com força obrigatória para casos futuros.

O que são princípios de direito ?

O direito não tem fundamento ultimo na lei ou no contrato. O direito é fundamentalmente o justo. É o que é devido a cada um, segundo um principio fundamental de igualdade. A lei é um instrumento para a realização desse direito. Ela deve servir de guia ao jurista e ser interpretada sempre em função de seu objetivo essencial, que é o de assegurar a cada um o direito a ele pertencente: *jus suum cuique tribuere.*

O direito (lei, jurisprudência, costumes, etc) é composto de normas jurídicas que constituem as regras de conduta social. Seu objetivo é regular a atividade dos homens em suas relações sociais.

Quando, na falta dessas normas jurídicas, o juiz se depara com um caso sem precedentes (jurisprudência) ou falta de disposição na legislação vigente, direta ou indireta, por meio da analogia, deve buscar os princípios gerais de direito para decidir a questão (art. 4º do Código Civil), adquirindo estes força normativa, para a solução das controvérsias levadas ao Poder Judiciário.

Refere-se a normas e princípios constitucionais, de aplicação direta na relação jurídica que envolve matéria de direito civil constitucional, eis que modernamente o ápice do direito civil, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com a incessante exuberância de leis especiais e extravagantes que vieram ao mundo jurídico dar sustentação aos princípios constitucionais antes referenciados, conflitam com o sistema para qual foi editado Código Civil, em 1916, idealizado numa época em que predominava o excessivo rigor do patrimônio fundado unicamente no poder econômico capitalista, àquela altura, o patrimônio era compreendido simplesmente pelo o ter material, negava-se valor ao ser humano como pessoa detentora de outros valores, como os éticos, que se inserem também ao patrimônio. Assim, chamada de defensora da cidadania, a Constituição mediante os seus princípios e normas, no nosso caso de direito civil, passou a proteger direitos e garantias individuais de todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, atribuindo mais valor ao homem verdadeiramente como pessoa humana, mesmo quando não dotado do referido patrimônio material. O patrimônio, passou a ser um conceito que qualquer pessoa humana possui. Mesmo que completamente destituída de bens materiais toda pessoa humana tem um patrimônio que deve ser preservado e defendido quando não respeitado por outrem, seja quem for : a dignidade, a honra, a boa reputação, a privacidade, o direito à saúde, à igualdade, à liberdade, à segurança, o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação, e tantos outros. E isso, na verdade foi uma revolução de cunho jurídico devastador para o nosso velho Código Civil, feito para uma época tão distante, que não resistiu a tamanho impacto.

A doutrina não define com precisão o que são princípios e normas constitucionais. Os dicionários da nossa língua limitam a definir princípio e norma, sem no entanto estabelecer uma definição aplicável ao campo jurídico. Não poderia, pois, ser diferente, porquanto exigir daqueles sem afinidade com as ciências jurídicas uma definição de assunto não afeto à sua área, seria um contra-senso. Dentre os princípios fundamentais, os mais importantes, por escolha do constituinte, estão os previstos no título I da Constituição, que englobam os seus quatros artigos iniciais.

De toda forma, princípios são *"as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa"*. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tido em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Vamos discutir alguns deles adiante, visando ilustrar o conceito.

- princípio da supremacia;
- princípio da finalidade;
- princípio da resultante social;
- princípio da proporcionalidade; e,
- princípio da razoabilidade.

O primeiro, estabelece a posição superior no que toca aos ditames normativos, por constituir o seu fundamento essencial. Significa que está acima de tudo e de todos.

O segundo, impõe ao Direito guiar-se sem desvio pelo fim pretendido pela norma, que determina qual finalidade a ser seguida na interpretação jurídica. Já o terceiro, tem a norma finalidade última de alcançar a justiça material, que se traduz como necessidade social de uma democracia. O quarto princípio tem duplo aspecto, sendo que esclarece a sua aplicação protegidos pelos princípios constitucionais, analisando de forma equânime os valores; mas também, para a sua efetivação, considera a existência de hierarquia entre os princípios constitucionais e a sua complementação e condição de mutuar.

Destaque-se, por conseguinte, o quinto princípio, o da razoabilidade, que dita a existência de sincronismo entre o que é colocado na norma e o que dela é realizado na prática vivida da política social.

Nesses métodos de interpretação da Constituição destaca-se o princípio da proporcionalidade, como parâmetro de controle da constitucionalidade das leis e demais atos judiciais e administrativos, porquanto o princípio é decomposto e examinado sob o prisma de seus três elementos ou sub-princípios, que são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, se a norma não preencher qualquer desses três elementos ou não se conformando com eles o ato administrativo ou judicial produzido pela respectiva autoridade, deverão ser considerados inconstitucionais, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Vamos exemplificar, a aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido Nelson Nery Júnior, com autoridade, descreve: "Se o direito à inviolabilidade da intimidade (art. 5.º, X, CF) e das comunicações telefônicas (art.5.º, XII, CF) são garantidos pela Constituição Federal, não menos verdade é que existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como, por exemplo, o direito à vida e liberdade, mencionados como bens jurídicos de extrema importância, já que vêm no próprio caput do art. 5.º da CF, antes, portanto, da enumeração dos demais direitos fundamentais.

Como não pode haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos, sejam harmonizados e incompatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma.

Assim, se a vida estiver sendo ameaçada por telefonemas, o direito à intimidade e da inviolabilidade da comunicação telefônica daquele que vem praticando a ameaça à vida de alguém deve ser sacrificado em favor do direito à vida. A justificativa decorre do sistema constitucional, no qual encontra-se inserido o princípio da

proporcionalidade, como corolário do estado de direito e do princípio do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process clause*)."

No Brasil o princípio da proporcionalidade passou a ter aplicação mais eficaz, após a promulgação da Carta Magna de 05 de outubro de 1988, quando o Supremo Tribunal Federal passou a usar com mais freqüência, o critério da razoabilidade na solução de questões de ordem constitucional envolvendo direitos fundamentais, tendo por espelho e inspiração a jurisprudência norte-americana do devido processo legal substantivo.

Ressaltamos o princípio da proporcionalidade como mais um principio de interpretação, de significado maior para as normas e princípios de direito civil na Constituição. Entretanto, a proporcionalidade ou razoabilidade não pode significar a concessão de uma perigosa prerrogativa ao juiz de decidir a causa baseado exclusivamente na sua própria noção subjetiva de justiça. Deve, ao contrário, ser um princípio cientificamente definido, que orientará o magistrado na solução do conflito, em consonância com o próprio ordenamento constitucional.

O devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. É assim possível notar que o mais importante dos princípios é o do devido processo legal, já que assegurando este, estar-se-á garantindo os demais princípios elencados na Constituição Federal.

Um outro princípio é o princípio da igualdade. A igualdade das partes advém da garantia constitucional da qual goza todo cidadão que é a igualdade de tratamento de todos perante a lei. O caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 menciona que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-

se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. “

O art. 5º da Constituição Federal, não só declara a igualdade de todos perante a lei, como também garante essa igualdade através de outros princípios contidos no próprio artigo. A título de exemplo, pode-se mencionar:

a. Princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV);
b. Princípio da motivação das decisões (CF, art. 93, IX);
c. Princípio da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX);
d. Princípio da proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI);
e. Princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII);

Enfim, a própria Constituição Federal criou mecanismos que visam assegurar a igualdade das pessoas perante a lei, conforme se pode constar dos seus incisos.

Porém, tocando no ponto que desperta maior interesse, pode-se dizer que é do princípio da igualdade, insculpido no caput do artigo 5º da Constituição Federal, é que deriva o princípio da igualdade das partes no processo.

Um segundo princípio é o da isonomia processual .Tal como ocorre na vida cotidiana, o mesmo deve ocorrer no processo civil, ou seja, as pessoas também possuem o direito e devem ser tratadas de forma igual perante a lei. Daí que deriva o que se chama de princípio da isonomia processual.

Menciona NELSON NERY JÚNIOR que o princípio da isonomia processual é o direito que tem os litigantes de receberem idêntico tratamento pelo juiz. Aliás, conforme se observa do art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, a igualdade de tratamento das partes é um dever do juiz e não uma faculdade. As partes e os

seus procuradores devem merecer tratamento igual, com ampla possibilidade e oportunidade de fazer valer em juízo as suas alegações.

Mas, o que significa dar tratamento isonômico às partes? Em sua lição, NELSON NERY JÚNIOR afirma que dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Porém, o que se busca é a efetiva igualdade entre as partes, aquela de fato. Busca-se a denominada igualdade real ou substancial, onde se proporcionam as mesmas oportunidades às partes.

Para CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, a igualdade jurídica não pode eliminar a desigualdade econômica, é por essa razão que na conceituação realista de isonomia, busca-se a igualdade proporcional. Em síntese, essa igualdade proporcional é o tratamento igual aos substancialmente iguais.

Segundo a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, existem diversos institutos no Código de Processo Civil, que visam garantir a isonomia das partes. Um dos exemplos são as regras no que tange à exceção de suspeição e incompetência do juiz, a fim de evitar que um dos litigantes, presumivelmente, tenha favorecimento por parte do órgão jurisdicional.

Porém, há de se mencionar que o princípio da igualdade das partes não assegura ao juiz igualar as partes quando a própria lei estabelece a desigualdade.

No que tange às desigualdades criadas pela própria lei, a título de exemplo, pode-se mencionar aquele tratamento dado no direito do consumidor: onde o art. 4º reconhece a fragilidade ou a desigualdade do consumidor perante o fornecedor,

estabelecendo a inversão do ônus da prova, face à maior possibilidade do fornecedor produzir a prova.

Um outro princípio de direito é o princípio do contraditório e ampla defesa. Ttrata-se de princípio insculpido de forma expressa na Constituição Federal, podendo ser encontrado no artigo 5º inciso LV. Vejamos: "art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."
COMPLETAR

Princípios e Aplicação de Princípios

O Juiz, face ao seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas de forma eqüidistante a elas, quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz.

Somente pela porção de parcialidade das partes, uma apresentando a tese e outra a antítese, é que o juiz pode fazer a síntese. Este procedimento seria estabelecer o contraditório entre as partes.

Neste sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI faz as seguintes considerações acerca do princípio do contraditório:*"O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo."*

Em relação ao princípio do contraditório, ENRICO TULLIO LIEBMAN tece o seguinte comentário: "A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a

decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida."

Segundo NELSON NERY JÚNIOR, quando a lei garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório é a perfeita combinação entre o princípio da ampla defesa e princípio da igualdade das partes. SANSEVERINO menciona que:

O princípio constitucional da igualdade jurídica, do qual um dos desdobramentos é o direito de defesa para o réu, contraposto ao direito de ação para o autor, está intimamente ligado a uma regra eminentemente processual: o princípio da bilateralidade da ação, surgindo, da composição de ambos, o princípio da bilateralidade da audiência.

O princípio da igualdade das partes impõe a bilateralidade da audiência, já que a possibilidade de reação de qualquer das partes em relação à pretensão da outra, depende sempre da informação do ato praticado. Daí o fundamento da citação da parte contrária, quando válida, estabelecendo a relação jurídica processual.

Em consonância com tal definição, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO afirmam que é imprescindível que se conheça os atos praticados pela parte contrária e pelo juiz, para que se possa estabelecer o contraditório. O contraditório é constituído por dois elementos:

1. informação à parte contrária;
2. a possibilidade da reação à pretensão deduzida;

Em Teoria Geral do Processo, os mesmos autores mencionam que até mesmo quando o juiz se depara com o periculum in mora, provendo a medida inaudita altera pars, o demandado poderá exercer a sua atividade processual plena, antes do provimento definitivo. Inexistem exceções ao princípio do contraditório.

Diante destas considerações, é possível notar que, para que a parte possa estabelecer o contraditório e exercitar a ampla defesa, é necessário que esta tenha ciência dos atos praticados pela parte contrária e pelo juiz da causa.

Um outro princípio é o do Juiz Natural. Segundo a doutrina dominante, o princípio do juiz natural pode ser encontrado na constituição nos seguintes artigos: "Art. 5º : (...)XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;"

Assim, localizados dentro da Constituição Federal os incisos do artigo 5º que prevêem o princípio do juiz natural, passa-se doravante a tratar acerca do significado do referido princípio.

O princípio do juiz natural pode ser encontrado na doutrina sob as mais diversas denominações, dentre as quais, pode-se mencionar o princípio do juízo legal, o princípio do juiz constitucional e o princípio da naturalidade do juiz.

O inciso XXXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, onde há a primeira tratativa acerca do princípio do juiz natural, prevê a vedação à criação de tribunais de exceção.

Na expressão tribunais de exceção, compreende-se tanto a impossibilidade de criação de tribunais extraordinários após a ocorrência de fato objeto de julgamento, como a consagração constitucional de que só é juiz o órgão investido de jurisdição.

Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal.

O princípio do juiz natural, especialmente no que tange a este primeiro aspecto, visa coibir a criação de tribunais de exceção ou de juízos ad hoc, ou seja, a vedação de constituir juízes para julgar casos específicos, sendo que, provavelmente, terão a incumbência de julgar, com discriminação, indivíduos ou coletividades.

Entende MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO entende que o princípio do juiz natural redemocratizou a vida do país, na época, por ocasião da sua inserção no artigo 141, parágrafo 26, da Constituição Federal de 1946.

JOSÉ FREDERICO MARQUES menciona que será inconstitucional o órgão criado por lei infraconstitucional, ao qual se venha atribuir competência, subtraindo-a do órgão constitucionalmente previsto.

Por fim, DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ, sinteticamente, menciona que, neste primeiro aspecto, o princípio do juiz natural protege a coletividade contra a criação de tribunais que não são investidos constitucionalmente para julgar, especialmente no que tange a fatos especiais ou pessoas determinadas, sob pena de julgamento sob aspecto político ou sociológico.

O segundo aspecto do princípio do juiz natural é aquele contido no inciso LIII, do artigo 5º da Constituição Federal, onde prevê a garantia de julgamento por autoridade competente.

Este aspecto do princípio do princípio do juiz natural está intimamente ligado à previsão de inexistência de criação de tribunais de exceção. Acerca disso TUCCI, menciona que:

O princípio está calcado na exigência de preconstituição do órgão jurisdicional competente, entendendo-se este como o agente do Poder Judiciário, política, financeira e juridicamente independente, cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor.

O inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal desdobra-se numa garantia ampla, já que aí se veda, tanto o processar como o sentenciar. Com isso, exprime-se a garantia constitucional de que os jurisdicionados serão processados e julgados por alguém legitimamente integrante do Poder Judiciário.

Menciona ANGÉLICA ARRUDA ALVIM que somente são efetivamente Juízos e Tribunais, aqueles constitucionalmente previstos, ou, então, os que estejam previstos a partir e com raiz no Texto Constitucional.

Há de se mencionar, ainda, que os integrantes desses Juízos ou Tribunais, devam ter se juízes de uma forma legítima, ou seja, na forma da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais complementares desta.

Portanto, em síntese, o princípio do juiz natural prevê a impossibilidade de criação dos tribunais de exceção, sendo que o indivíduo somente poderá ser julgado por órgão preexistente e por membros deste órgão, devidamente investido de jurisdição.

A inafastabilidade da jurisdição também poderá ser encontrada sob a denominação princípio do direito de ação por alguns autores, por outros, pode ser encontrada por princípio do acesso à justiça.

Confira-se onde está situado o princípio da inafastabilidade da jurisdição dentro da Constituição Federal: "Art. 5º : (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Com a contemplação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição garante a necessária tutela estatal aos conflitos ocorrentes na vida em sociedade. Enfim, a garantia é ao direito de ação.

No entanto, não há que se estabelecer confusão entre o direito de ação e o direito de petição assegurado na Constituição Federal, já que o primeiro visa a proteção de direitos contra ameaça ou lesão, ao passo que o segundo, assegura, de certa forma, a participação política, independente da existência de lesão ao direito do peticionário.

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo aplicar o direito a cada caso que lhe foi trazido. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causas de responsabilidade judicial.

Menciona MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO que o princípio da inafastabilidade da jurisdição possui profundas raízes históricas e representa uma espécie de contrapartida estatal ao veto à realização, pelos indivíduos, de justiça por mãos próprias (exercício arbitrário das próprias razões, na peculiar dicção do Código Penal - art. 345); mais do que isso, ela é uma pilastra de sustentação do Estado de Direito.

O direito de ação, que se efetiva através do processo, único meio de aplicação do direito a casos ocorrentes, por obra dos órgãos jurisdicionais, e complemento inarredável do preceito constitucional que o inspira, garantia concreta de sua realização.

O poder de agir é um direito subjetivo público consistente na faculdade do particular fundada em norma de direito público.

Como já feito anteriormente, a fim de prosseguir neste estudo dos princípios inseridos no texto constitucional, deve-se demonstrar o fundamento legal: "Art. 93 (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes"

Também, pode-se encontrar o referido princípio contido no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal. Confira-se: "Art. 5º. (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem."

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, traz expressamente a determinação de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade.

TUCCI e CRUZ E TUCCI mencionam que a garantia da publicidade não se traduz na exigência da efetiva presença do público e/ou dos meios de comunicação aos atos que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais do que uma simples potencialidade abstrata (como quando, por exemplo não se tem conhecimento da data, horário e do local da realização de determinado ato: a publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico).

ARRUDA ALVIM qualifica o princípio da publicidade dos atos no processo, antes de mais nada como um princípio ético, mencionando que: "a publicidade é garantia para o povo de uma justiça justa, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria Magistratura diante do povo, pois agindo publicamente, permite a verificação de seus atos."

O artigo 155 do Código de Processo Civil está em perfeita consonância com a disposição trazida pela Constituição Federal, determinando, expressamente, quais são os casos que correm em segredo de justiça, sendo que tal procedimento não viola, em hipótese alguma, a norma constitucional.

Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça (...): A publicidade dos atos processuais está elencada como direito fundamental do cidadão, mas a própria Constituição Federal faz referência aos casos em que a lei admitirá o sigilo e a realização do ato em segredo de justiça. A lei enumera os casos, nada impedindo que o juiz confira a outros, ao seu critério, em virtude de interesse público, processamento em segredo de justiça, hipótese em que deverá justificar o seu proceder.

Na verdade, o princípio da publicidade obrigatória do processo poder ser resumido no direito à discussão ampla das provas, na obrigatoriedade de motivação da sentença, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus procuradores em todas as fases do processo.

O princípio da motivação das decisões está expressamente previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988. Confira-se: "Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes;"

Diante disso, passa a verificar os aspectos atinentes ao princípio constitucional da motivação das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário

lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontra-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

É importante mencionar que o texto constitucional não apenas exige a fundamentação das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, como as declara nulas se desatenderem a esse comando.

Menciona DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ que garante tal princípio a inviolabilidade dos direitos em face do arbítrio, posto que os órgãos jurisdicionais tem de motivar, sob pena de nulidade, o dispositivo contido na sentença.

Porém, o que significa motivar as decisões judiciais?

Motivar todas as decisões significa fundamentá-las, explicar as razões de fato e de direito que implicam no convencimento do juiz, devendo esta fundamentação ser substancial e não meramente formal.

TERESA ARRUDA ALVIM menciona que ato de inteligência e de vontade, não se pode confundir sentença com um ato de imposição pura e imotivada de vontade. Daí a necessidade de que venha expressa sua fundamentação (CF, art. 93, IX). Diz mais a referida autora que fundamentação deficiente, para todos os efeitos, equivale à falta de fundamentação.

A motivação da sentença, também, faz-se útil para enriquecer e uniformizar a jurisprudência, servindo como valioso subsídio àqueles que contribuem para o aprimoramento e aplicação do direito.

Em suma, a decisão motivada aponta o entendimento das razões do juiz, que é imparcial, e assim torna essa decisão, sendo que se constitui tal princípio em verdadeira garantia inerente ao Estado de Direito.

Princípio do duplo grau de jurisdição: O duplo grau de jurisdição na Constituição Federal é um dos princípios da democracia.

A doutrina diverge em considerar o duplo grau de jurisdição como um princípio de processo inserido na Constituição Federal, já que inexiste a sua previsão expressa no texto constitucional. Dentre os autores que não a admitem, pode-se mencionar MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, ARRUDA ALVIM, TUCCI e CRUZ E TUCCI, dentre outros.

De outro lado existem autores tais como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e NELSON NERY JÚNIO que admitem o duplo grau de jurisdição, como princípio de processo inserido na Constituição Federal.

Aqueles que acreditam que o duplo grau de jurisdição é um princípio processual constitucional, inclusive de processo civil, fundamentam a sua posição, na competência recursal estabelecida na Constituição Federal.

Confira-se alguns exemplos desta previsão implícita do duplo grau de jurisdição inserido na Constituição Federal de 1988: Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ainda, neste sentido, confira-se mais: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) II - julgar, em recurso ordinário: III - julgar, mediante recurso extraordinário (...);

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) II - julgar, em recurso ordinário; III - julgar, em recurso especial;

Diante disso, em que pese não traga de forma expressa, pode-se dizer que o duplo grau de jurisdição ou garantia de reexame das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, pode ser incluído no estudo acerca dos princípios de processo civil na Constituição Federal.

O princípio do duplo grau de jurisdição visa assegurar ao litigante vencido, total ou parcialmente, o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional, no mesmo processo, desde que atendidos determinados pressupostos específicos, previstos em lei

Menciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que os recursos, todavia, devem acomodar-se às formas e oportunidades previstas em lei, para não tumultuar o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé.

Portanto, o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, ainda que de forma implícita naquele texto, garante ao litigante a possibilidade de submeter ao reexame das decisões proferidas em primeiro grau, desde que atendidos os requisitos previstos em lei.

Provas Ilícitas: A Constituição Federal expressamente prevê a vedação da utilização de provas ilícitas no processo, seja o civil ou penal, conforme norma contida no artigo 5º inciso LVI. "LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"

Note-se, portanto, que a Constituição Federal, de forma expressa, proíbe a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos.

Para MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, a prova, do ponto de vista processual, como a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos na ação.

Às partes cabe o ônus de produzir as provas, na exata medida dos interesses que estejam a defender na causa; é precisamente com vistas ao exercício dessa atividade que assume especial importância o princípio da liceidade dos meios de prova.

O artigo 332 do Código de Processo Civil menciona qual o tipo de prova admitido no processo:Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa.

Menciona DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ que por prova lícita deve entender-se aquela derivada de um ato que esteja em consonância com o direito ou decorrente da forma legítima pela qual é produzida.

A título de ilustração, ANGÉLICA ARRUDA ALVIM afirma que se a prova for obtida por meio ilícito no crime, poderá ser usada como prova emprestada no cível. Para caber a prova emprestada, sem violação ao contraditório, a parte contra quem vai ser produzida, há de Ter participado no processo originário.

O juiz não pode levar em consideração uma prova ilícita, seja nas sentenças/ acórdãos, seja nos despachos ou no momento de inquirir testemunhas, embora convenha deixá-la nos autos, a fim de que a todo momento a parte prejudicada possa tomá-la em consideração para vigiar o convencimento do juiz.

Portanto, o princípio em comento prevê a inadmissibilidade da utilização de provas, no processo civil ou penal, obtidas por meios ilícitos ou moralmente ilegítimos, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal e artigo 332 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO III: FIRMAS, CONSUMIDORES E MERCADOS: OS FUNDAMENTOS MICROECONÔMICOS

3.1 Teoria da Firma

3.2 Teoria do Consumidor

3.3 Estruturas de Mercado

3.4 Teoria dos Jogos e Direito

3.5 A Economia dos Custos de Transação

3.4 Teoria dos Jogos e Direito

Quando dois (ou mais) indivíduos interagem e suas respectivas ações se baseiam naquilo que os outros esperam ou desejam, existe o que se denominou, há muito, um certo "comportamento estratégico". Os juristas de *Law & Economics* procuraram entender como normas legais interferem nesse comportamento estratégico, valendo-se de um instrumental econômico conhecido como "teoria dos jogos".

A teoria dos jogos estuda o comportamento e a interação entre os indivíduos quanto à expectativa que um tem em relação ao outro. No entanto, nesse processo de interação, um desconhece o que o outro está fazendo: não tem idéia dos recursos de que o outro dispõe, nem muito menos qual é a sua expectativa de resultado.

A atribuição dos prêmios Nobel da Economia de 1994 e de 1996 a alguns dos expoentes da Teoria dos Jogos (em 1996 o prêmio foi atribuído a James A Mirrlees e William Vickery, por sua contribuição com a teoria dos incentivos sob a regra da assimetria das informações; em 1994, o prêmio foi atribuído a John C. Harsanyi, John Nash e Reinhard Selten, pelo desenvolvimento pioneiro da teoria do equilíbrio em jogos não-cooperativos) veio reacender o interesse nesta área do conhecimento. Contudo, os interessados no assunto se limitavam a ser matemáticos ou econometristas; juristas ávidos por expandir conhecimentos nesta área pouco dispunham de material de pesquisa e estudo: ora confrontavam-se com uma opção entre obras muito técnicas, impenetráveis para quem não possuísse formação avançada em matemática ou então, somente em obras generalistas de divulgação dos conceitos básicos. A primeira exceção foi o livro *Game Theory and the Law* , de um grupo de professores de Chicago, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e e Randal C. Picker, publicado pela Harvard University Press.

O objeto da Teoria dos Jogos em Direito é portanto, a análise do comportamento estratégico enquanto componente fático do estudo do jurídico. Para os autores de *Game Theory and the Law*, ainda que "a doutrina jurídica reconhecesse desde há muito

a necessidade de ter em conta o comportamento estratégico (...) demasiadas vezes, porém, ela não tem tirado partido das técnicas formais da Teoria dos Jogos para analisar o comportamento estratégico, senão para invocar um jogo simples como o dilema do prisioneiro enquanto metáfora de um problema de ação coletiva. (...) esta incapacidade de dar melhor uso à Teoria dos Jogos é lamentável, dado que a moderna Teoria dos Jogos é suficientemente poderosa para iluminar o modo como as normas jurídicas afetam o comportamento das pessoas. O desafio colocado é o aplicar as suas técnicas altamente especializadas, muitas das quais desenvolvidas apenas na última década, a um novo objeto"

Aplicando-se a teoria dos jogos ao Direito, e ainda do ponto de vista da escola do *Law & Economics*, grandes são as diferenças em relação à nossa formação romanística. Tome-se, por exemplo, a tradição clássica da legalidade. Para o jurista, o próprio princípio da legalidade estabelece qual o alcance dado pela lei, que por sua vez obedece a determinados limites, conjugando os meios aos fins, e que deve ser respeitado por todos. Pela teoria dos jogos, os comportamentos, por não serem previsíveis, não estabelecem limites à sua atuação; por isso a lei deveria muito mais servir de condição básica, especialmente se considerarmos que o fenômeno jurídico é sempre mais amplo e abrangente do que a mera letra da norma. Por ser o Direito parte da estrutura social e, condição necessária para que o *jogo* normativo se opere com regras claras, a teoria dos jogos, aqui muito superficialmente lançada, trata o sistema jurídico como um *sistema que requer equilíbrio*, mais do que um conjunto isolado de leis, normas e regulamentos.

São três os elementos constitutivos daquilo que se denominou *jogo legal*, a saber os participantes do jogo; as estratégias disponíveis a cada um deles e as vantagens e/ou desvantagens quanto à combinação estratégica das alternativas existentes.

Por exemplo, aplicado à teoria da regulação, e considerando que existam apenas dois "jogadores", o regulador e o regulado. As estratégias das partes podem não estar

facilmente demonstráveis, mesmo que os objetivos do regulador e do regulado estejam definidos e cada posição, mais ou menos marcada. O regulador tem uma determinada agenda, por exemplo, persegue o interesse público. Já o regulado, num sistema capitalista quer aumentar sua fatia de mercado com o objetivo do lucro onde todo o arsenal legal e regulatório representa um conjunto de informações importantes para o desempenho das atividades do regulado no mercado. Diz-se, então, que se trata de jogo de informação completa mas imperfeita. E é assim porque, não obstante se conheçam de antemão os objetivos dados, não se conhece o comportamento previsível de cada um.

Uma segunda dificuldade é configurada pela inexistência da racionalidade absoluta no processo de decisão. Os comportamentos humanos não são guiados unicamente pela razão: a ela se juntam a emoção e a percepção. Daí a expressão *irracionalidade imperfeita* para indicar o resultado da ausência de informações num ambiente não inteiramente racional, exemplificado pelo comportamento de investidores em pânico, ou o comportamento de hordas (*herd behaviour*), quando os investidores, seguindo o exemplo de algum formador de mercado, retiram-se abrupta e insensatamente do mercado, vendendo suas posições (ou sacando seus recursos) a qualquer custo ou amargando qualquer prejuízo.

A expressão "jogo bayeasiano" é utilizada para ilustrar tais expectativas na teoria dos jogos. Cada agente econômico *atualiza* as suas expectativas tendo em vista uma nova informação — por exemplo, o comportamento a ser induzido após a ação de outrem. O legislador pode agir *por delegação*, na decisão de determinar nova lei; ou *por revelação*, quando é o cidadão quem reporta ao seu representante na Câmara informações sobre uma situação. Somente após a coleta e a análise dessas informações é que o legislador definirá o tipo de estratégia regulamentar a ser seguida.

Outro foro de análise na teoria dos jogos concentra-se nos mecanismos de solução, aqueles que permitem identificar as estratégias mais prováveis a serem adotadas pelos participantes, bem como a combinação de seus diversos tipos. Baird, Gertner e Picker notam que, quanto maiores a racionalidade e a informação, maior a tendência vertente ao equilíbrio, ou ao que se denomina "princípio de equilíbrio de Nash" (o mesmo que teve sua vida retratada no filme *Mentes que brilham*, (Beautiful Minds) dirigido por Ron Howard e estrelado por Russell Crowe (Universal, 2001), definido como a combinação das estratégias de ambos os jogadores que podem jogar, sabendo-se que nenhum dos dois poderia ter escolhido uma estratégia diferente, dada a estratégia que o outro escolheu. Logo, a estratégia de cada jogador é a melhor resposta à estratégia do outro.

A teoria dos jogos coloca então o desafio de problematizar as expectativas e o faz como os primeiros passos para que dele se possa extrair e obter certas respostas para a doutrina jurídica. Com efeito, a obra da Teoria dos Jogos apresenta um repositório das técnicas, por vezes complexas, da matemática, tendo como base o estudo de problemas jurídicos. No entanto não é necessário conhecer matemática para operar a teoria dos jogos, ao menos do ponto de vista jurídico. O ferramental está à disposição de qualquer jurista que se disponha a fazer um ligeiro esforço inicial de compreensão dos rudimentos algébricos necessários para acompanhar suas principais idéias.

Em síntese, as técnicas da Teoria dos Jogos permitem modelar as interações entre indivíduos em que levantam problemas estratégicos e que possam envolver decisões. Com isso, a teoria dos jogos aplicada ao Direito pretende discernir qual o papel que desempenham as normas jurídicas vigentes e quais os resultados de uma alteração do quadro jurídico em que operam. Isto não significa, porém, que a análise jurídica do comportamento estratégico se limite à mera definição de "regras de jogo" para enquadrar a satisfação do interesse individual. A dimensão valorativa ou normativa do jurídico é um requisito básico, é um *prius*. Definir quais os resultados que

pretendemos atingir por meio do Direito é uma segunda contribuição da Teoria dos Jogos. Assim, a Teoria dos Jogos visa esclarecer, dados certos pressupostos relativos ao comportamento dos agentes envolvidos, quais os resultados de optarmos por um dos modelos normativos à nossa disposição. Este aspecto suscita-nos algumas breves observações sobre as críticas e objeções contra à Teoria dos Jogos e em especial ao movimento de *Law & Economics* em geral.

A forma da Teoria dos Jogos de equacionar problemas jurídicos parecerá a muitos uma excessiva simplificação do objeto complexo e multiforme da ciência jurídica. Mas se o modelo econômico não pretende ser uma representação perfeita e acabada da realidade, para Baird, Gertner e Picker "a aceitação de um modelo depende de ele contribuir ou não para aguçar a nossa intuição pelo esclarecimento das forças básicas em ação que não são visíveis quando consideramos um caso real em toda a sua complexidade" (*Game Theory & The Law,* op. cit. pág. 7). Ou em outras palavras, o objetivo deste tipo de análise (da Teoria dos Jogos) consiste na definição "do jogo com menos elementos que melhor capta a essência do problema. O uso do vocábulo `jogo' é adequado pois podemos reduzir os elementos fundamentais de interações sócio-econômicas complexas a representações que se assemelham a jogos de salão" *(id.)*

Um dos pressupostos em que assenta a Teoria dos Jogos é o da racionalidade dos agentes econômicos: "Os indivíduos são racionais no sentido de que preferem constantemente soluções com maiores recompensas a soluções em que estas são inferiores. O pressuposto de base no centro deste tipo de análise não é o de que os indivíduos sejam maximizadores egoístas de lucros ou que apenas se preocupem com dinheiro, mas antes o de que eles agem de um modo que é razoável para si mesmos dados os seus próprios gostos e preferências. Este pressuposto pode não se verificar num caso isolado, pois as pessoas muitas vezes comportam-se de maneira incoerente ou auto-destrutiva. Em geral, contudo, as pessoas tomam as melhores

decisões que podem, dada a sua convicção quanto ao comportamento das outras" *(op. cit. pág. 11)*.

É este pressuposto de racionalidade que nos fornece os instrumentos necessários à solução dos "jogos", patente em especial no conceito de equilíbrio de Nash ou no equilíbrio Bayesiano. Os conceitos de solução como o equilíbrio de Nash, partem de um problema simples: como formular uma solução completa com um numero arbitrário de jogadores que possuem preferências igualmente arbitrárias ? Todas as expectativas dos jogadores, no Equilíbrio de Nash devem ser atendidas porque eles já escolheram estratégias ótimas; Nash propõe duas interpretações do conceito de equilíbrio: uma baseada na racionalidade e outra, naquilo que ele denomina "população estatística". De acordo com a interpretação racional, os jogadores são compreendidos como sendo inteiramente racionais por conhecerem a estrutura do jogo, as preferências de cada um o resultado de cada ´jogada´, aonde a informação é de domínio comum. Em razão dos jogadores terem a informação completa, sobre a estratégia e sobre as alternativas e as preferências de cada um, eles podem também computar nas suas estratégias pessoais, as expectativas dos outros. Se todos têm buscam o mesmo equilíbrio e estão satisfeitos, não há nenhum incentivo para que alterem a sua estratégia original; daí o conceito de equilíbrio. Na segunda interpretação de Nash, a da população estatística, a análise é útil nos jogos chamados jogos "evolucionários". Este tipo de análise de jogo se desenvolveu na biologia baseado nos princípios da seleção natural que ocorrem entres as espécies. Nash demonstra assim que em cada jogo, há um número finito de jogadores que adotam sempre existem estratégias mistas com o objetivo de sobreviver.

Outros dos jogos mais conhecidos e que envolvem problemas de coordenação entre indivíduos são: o dilema dos prisioneiros, *stag hunt* e *matching pennies*. Estes jogos demonstram como as regras jurídicas podem afetar o resultado modificando as conseqüências da adoção de estratégias oportunistas.

Depois, a Teoria dos Jogos também cuida de um elemento dinâmico, o jogo de forma extensiva, que permite modelar as interações estratégicas em que ocorrem em momentos diferentes. O exemplo jurídico escolhido para ilustrar este problema é o do contrato de mútuo. Para que o mútuo possa ocorrer, é necessário que o mutuário e o mutuante consigam criar um mecanismo que garanta o cumprimento da obrigação de reembolso. Sem essa garantia, o mutuante não arriscará o seu capital. Este exemplo procura ilustrar a importância do direito das obrigações na conformação *ex ante* dos incentivos que o mutuante enfrenta no período em que o reembolso deve ocorrer devido à força jurídica que empresta ao compromisso do mutuário.

Há ainda, na Teoria de Jogos, capítulo sobre as diversas formas de auto-vinculação que modificam voluntariamente os incentivos de um período temporal subsequente permitindo optar no presente por um comportamento que maximiza as vantagens das partes envolvidas. A importância da prioridade entre os jogadores é igualmente destacada com o caso das propostas negociais irrevogáveis.

O aspecto essencial do comportamento estratégico é a existência de situações de informação incompleta. "Configurar leis que criem um incentivo para que as partes atuem de modo a que todos os interessados fiquem em melhor situação é uma questão simples desde que todas as partes e aqueles que elaboram e aplicam a norma jurídica disponham de informação suficiente. As complicações surgem, no entanto, quando a informação necessária não é conhecida ou, hipótese mais comum, é conhecida mas não está disponível para todas as partes ou para o tribunal" *(Op. cit. pág. 2)*

Finalmente, Teoria dos Jogos se ocupa ainda do efeito da repetição das interações estratégicas nos incentivos das partes. Numa interação que dificilmente voltará a ser repetida, o incentivo para que cada uma das partes adote um comportamento oportunista é muito elevado. Mas se as partes devem interagir num número

indefinido de ocasiões ou se a criação de reputação é importante para o desenvolvimento de interações com outras partes, os incentivos para que elas colaborem aumentam drasticamente. Este problema é demonstrado sobretudo no contexto do direito da concorrência a propósito dos comportamentos abusivos entre oligopolistas e das práticas predatórias por empresas que participam em diversos mercados.

Os problemas de ação coletiva (resultantes do desencontro dos incentivos individuais em relação ao comportamento que mais favorece o conjunto de pessoas envolvidas) no contexto de jogos mais amplos são o objeto de estudo. Metodologicamente, este é uma das mais importantes áreas de estudo, pois aponta os perigos de equacionar um problema estratégico sem olhar para o contexto mais amplo em que uma interação simples se insere. Por outras palavras, a análise estratégica exige a consideração da profundidade adequada em que deve ser analisado o comportamento estratégico.

As conclusões desta breve explanação de teoria dos jogos não podem deixar de desiludir aqueles que procurem nesta teoria um critério mecanicista de avaliação das soluções legais. As insuficiências da Teoria dos Jogos não lhe permitem prever os efeitos de uma determinada regra jurídica, por todas as razões expostas em capítulos precedentes deste livro.

Essencialmente, a contribuição da Teoria dos Jogos para o estudo do direito consiste na compreensão das motivações estratégicas que inspiram os sujeitos de direito e nas conseqüências das normas jurídicas no seu comportamento. E este não deixa de ser uma importante contribuição até agora desprezada pelos juristas. Como é demonstrado na obra de Baird, Gertner e Picker, já exaustivamente citada, logo no primeiro capítulo do livro, "devemos olhar não só para as conseqüências que as normas jurídicas fazem corresponder às ações adotadas pelas partes, como também

para as conseqüências que as regras jurídicas impõem a ações que as partes podem nunca adotar na ausência daquelas regras" (p. 268).

A teoria dos jogos expõe a fraqueza de uma ciência jurídica demasiado centrada em preocupações formalistas e alheia ao contexto em que se desenvolve o comportamento humano e às suas motivações. Outra fraqueza exposta é a consideração do problema da informação, a que muitas vezes o direito é alheio, pressupondo que as partes e os aplicadores do direito dispõem de informação adequada, quando tal não corresponde à realidade. Se a informação é o problema central da análise do comportamento estratégico, ela é igualmente problemática para a ciência jurídica pois evidencia os seus limites.

Uma aplicação da Teoria dos Jogos:

Texto: "**Os cartéis, a licitação e a teoria dos jogos"**
Por: **Gustavo Pamplona** (Pós-graduado em Controle Externo do TCMG)

Nem todos os bens consumidos pelo Estado são fornecidos por empresas que atuam em mercados de concorrência perfeita. Mesmo que o processo licitatório seja precedido de ampla divulgação, inclusive internacional, há riscos de que as empresas habilitadas sejam parte de um cartel. Pela ótica econômica e financeira, não há muita diferença entre monopólio, oligopólio e cartel[1]. No tocante ao cartel a diferença reside em que este constitui-se em um acordo comercial (coalizão) entre empresas do mesmo ramo, as quais, embora conservem a autonomia interna, organizam-se com o escopo de praticar uma política de preços elevados e de restrição de mercado a novos concorrentes.

O risco da Administração Pública demandar bens ou serviços de setores cartelizados é a contratação por preços superfaturados. Despesas em valores excedentes, sem contraprestação, são verdadeiros prejuízos, caracterizando-se como despesas sem amparo legal processadas pela Administração. É dever indeclinável contratar a preços de mercado.

A Administração Pública, por vezes, torna-se refém dos cartéis, os quais além de obrigá-la a comprar acima do preço de mercado, resultando na dilapidação dos minguados cofres públicos, acaba por ainda ferir o Estado Democrático de Direito e a Constituição da República que preconiza a livre concorrência como um dos Princípios Gerais da Atividade Econômica do Brasil, na dimensão do artigo 170 inciso IV. Os malefícios dos cartéis são notórios tanto jurídica quanto economicamente.

Todavia, a Administração Pública possui remédios jurídicos dentro da Lei de Licitações e econômicos face a esta distorção de mercado.

O primeiro ponto a ser atacado pela Administração Pública é instrumentalizar o processo de compra com uma confiável estimativa de valor de mercado para o bem ou serviço a ser adquirido ou da planilha de custos, quando for o caso, na forma do art. 40, § 2º da Lei 8.666/93. Uma cotação de mercado séria é o primeiro obstáculo que se constrói face aos cartéis. Somente com a estimativa de preço corrente a Administração poderá comparar os valores ofertados com a realidade do mercado. O próximo passo está no âmbito da Comissão de Licitação.

Uma vez abertas as propostas dos licitantes e caso a Comissão de Licitação se depare com ofertas supervalorizadas em relação ao preço de mercado, possivelmente viciadas por cartelização deverá, além dos dispositivos de caráter exclusivamente penal, utilizar do artigo 48, inciso II conjugado com o seu §3º, que, dispõem:
Art. 48. Serão desclassificadas:
II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido (superfaturada) (...).
§3º Quando (...) todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de (...) outras propostas(...)"

O disposto no artigo citado não constitui mera faculdade para a Administração, quando presentes indícios de caracterização de cartel, entretanto, é verdadeiro ato administrativo vinculado. Nas palavras do reconhecido Toshio Mukai, a razão do dispositivo é impedir que, em conluio, os licitantes imponham preços excessivos à Administração Pública.

Quando todas as propostas são declaradas superfaturadas, o acordo do cartel é posto em xeque. O odioso arranjo prévio entre os licitantes não logra êxito, pois a nenhum será adjudicado o objeto licitado. Inicia-se um novo momento na licitação, a reapresentação de propostas. Todavia, com um fator novo, vez que todos os licitantes sabem dos preços praticados por seu concorrente. Este

conhecimento inédito acrescenta novas variáveis na disputa pelas empresas, conforme discutiremos adiante.

Poder-se-ia perguntar, qual é a garantia de que as propostas não permanecerão inalteradas? A primeira assertiva é de que não é interessante para os licitantes arriscarem permitir que a Administração Pública contrate diretamente pelo preço de mercado com outro fornecedor (art. 24, VII da Lei 8.666/93) ou, até mesmo, inicie um novo processo licitatório desde a habilitação.

Segundo, a manutenção dos valores das propostas não é a melhor solução dentro do modelo de análise da Teoria dos Jogos.

Mister se faz explicar minimamente a Teoria dos Jogos. Trata-se de um conjunto de modelos teóricos muito utilizado na ciência política e na economia como instrumento de auxílio na análise de escolhas dos agentes econômicos. No problema entre licitação e cartéis, utilizaremos um dos modelos da Teoria dos Jogos, chamado de "dilema dos prisioneiros" adaptado para o caso em tela. Suponhamos que numa licitação os três licitantes habilitados "A", "B", empresas já consolidadas no setor e cartelizadas, e "*C*", empresa pequena que deseja entrar no mercado e que não pertença ao cartel, são desclassificadas por apresentarem propostas superfaturadas, conforme art. 48, inciso II, e deverão apresentar novas propostas em conformidade com o preço de mercado. "A" e "B" manteriam o acordo do cartel e persistiriam nos mesmos preços ou não arriscariam diante da possível contratação direta e reduziriam suas ofertas? Senão vejamos.

A e B poderiam manter os mesmos preços ofertados inicialmente, entretanto, correriam o risco da Administração Pública contratar diretamente outro licitante, conforme art. 24, VII da Lei 8.666/93, logo esta não é a melhor escolha para A e B, pois as empresas do cartel estariam excluídas do certame.

Caso as Comissões de Licitações adotem sempre a estratégia da desclassificação, indubitavelmente gerará um insegurança para os licitantes quanto aos deslanches das próximas licitações, logo a segurança do acordo do cartel ficará arranhada, pois os obrigará a reduzir seus preços. Consequentemente, com a redução real de lucratividade abusiva das empresas do cartel, a longo prazo ficará mais difícil manter o acordo de cartelização entre as empresas devido a redução de ganho de algumas que são ineficientes e possuem custos ainda elevados. Para estas últimas o impacto de uma licitação frustada possui uma repercussão maior, pois deixar de ganhar muito pode significar, por causa da baixa competitividade fora do cartel, a sua possível retirada do mercado.

O "dilema do prisioneiro" torna-se evidente, pois, se na primeira licitação, "A" não reduz a sua proposta supervalorizada e permite que "B" ganhe, qual a garantia de "A" que este acordo de cartel persistirá numa segunda concorrência, se no primeiro contrato "B" pratica preço de mercado e com lucratividade menor? Nenhuma, talvez "B" também queira ganhar a próxima licitação, pois necessita de um novo contrato para manter o mesmo faturamento quando praticava preços superfaturados. Se uma firma pratica preços elevados então é financeiramente interessante para a outra empresa diminuir um pouco os seus preços, capturar o mercado da companheira e obter lucros ainda maiores. Qualquer que seja o preço que a outra cobre, sempre será a melhor escolha reduzir o seu preço.

O dilema dos cartelizados é: Num jogo de sempre ter que reduzir as ofertas superfaturadas, sob pena de perder totalmente a licitação, caso o jogo de redução da oferta se proceda em infinitas licitações, um licitante diminuirá seu preço numa licitação e o outro cartelizado, na próxima. Entretanto, nem sempre isto será verificado, conforme explicamos no parágrafo anterior. Se cada licitante sabe que o outro está jogando "bate-e-rebate", então cada empresa teria receio de diminuir o seu preço e iniciar uma guerra de preços. A ameaça implícita no "bate-e-rebate" pode permitir às firmas manterem seus preços altos. Entretanto, a realidade não é a de infinitas licitações. O Estado possui um número fixo de concorrências, logo coloca-se em disputa entre os cartelizados os

melhores contratos, que representam a mais alta lucratividade, sempre almejada num cenário de preços de mercado.

Já no curto prazo, a Administração conta com empresas que estão excluídas do mercado cartelizado, não possuem grandes margens competitivas e nem ganho de escala, contudo, têm o interesse de fornecer para o Estado, suponhamos no caso a empresa "*C*". Quando a Comissão de Licitação divulga as propostas de todos os licitantes e abre prazo para a apresentação de novas ofertas, possibilita à empresa "*C*" analisar sua proposta frente à de seus concorrentes e à cotação de mercado, detendo assim uma posição privilegiada de informações e a possibilidade de competir isonomicamente com empresas que até então dominam o mercado. A simples presença de uma empresa não integrada ao cartel, já é uma ameaça potencial à hegemonia das empresas dominantes, principalmente num cenário de divulgação e de reapresentação de propostas.

A estratégia da desclassificação e a lógica da Teoria dos Jogos são poderosas armas para que a Administração Pública, em sede de licitação, se imponha sobre os cartéis. Esta exegese se ajusta ao escopo do cenário sob comento, o qual tem por objetivo o interesse jurídico de que a Administração Pública não se submeta ao abuso do poder econômico. Em última instância, é dever do Estado dar combate a essa irregularidade e defender o Princípio Constitucional da Livre Concorrência.

Nota:
1. *Vide*: Introdução à análise econômica. Volume I. Samuelson, Paul A. 6ª ed. pg.: 134.

Bibliografia:

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A licitação e os Cartéis. In www.escritorioonline.com.br em 16 de Janeiro de 2001.
SAMUELSON, Paul A. Introdução à análise econômica. Rio de Janeiro. Ed. Livraria Agir editora. Volume I. 6ª ed., 1966.
VARIAN, Hal R.. Microeconomia – Princípios Básicos. 2ª Edição americana: Editora Campus. 2ª Reimpressão 1997.
BRASIL. LEI N. 8.666/93, com a redação dada pela Lei n. 8.883/94 – Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

CAPITULO V: CONTRATOS

Introdução: A importância dos contratos

Numa economia moderna, todos os agentes continuamente fazem promessas das mais variadas formas. Vendedores prometem felicidade; amantes prometem casamento, generais prometem vitória, e crianças prometem se comportar.[1] Interessa ao sistema legal não apenas a formalização dessas promessas em instrumentos conhecidos como contratos, mas também a garantia de que tais direitos poderão ser plenamente exercidos. Por exemplo, um sujeito promete vender a outro um aparelho de som por R$ 100. O negócio é feito e quando o comprador chega em casa, ele descobre que o aparelho de som não funciona com a TV, nem dá a sensação de estar num verdadeiro cinema. Furioso, exige o seu dinheiro de volta e quer devolver o aparelho de som. O vendedor se espanta com o comprador por achar que por R$ 100 ele realmente acreditava estar adquirindo um som Dolby Pró-Logic de 4ª geração. Num outro exemplo, um pai promete a sua filha uma maravilhosa festa de 15 anos. No entanto, ele entra em falência e não pode cumprir a sua promessa. A mãe e também ex-mulher resolve processá-lo. Ou ainda, uma senhora resolve adquirir via correio um método de emagrecimento por R$ 1.000. Quando chega a encomenda do correio, ela descobre que o "método" nada mais era do que um rolo de esparadrapo com as seguintes instruções: "feche a boca"!

Nos exemplos acima, adaptados do texto de Cooter & Ullen, temos três hipóteses distintas. Primeiro, o que se conhece como *dissonância cognitiva*, uma situação de frustração recíprocas de expectativas; não há necessariamente má fé, mas apenas uma comunicação equivocada e mesclada com uma dupla confusão daquilo que era esperado tanto do vendedor quanto do comprador. No segundo caso, não há um contrato, mas uma promessa, já que o pai nada receberá em troca, e não se comprometeu numa obrigação de fazer. Ele apenas empenhou-se num plano futuro; assim mesmo se viu surpreendido por circunstâncias muito diferentes daquela em

[1] Robert COOTER e Thomas ULEN. *Law & Economics.* op.cit. pág. 177

que ele se encontrava quando a promessa foi realizada: a falência é, até mesmo nos termos legais, "uma notória mudança de estado". No terceiro exemplo que demos, do método do "regime", aqui há propaganda enganosa; a consumidora esperava muito mais do que recebeu, e claramente o artifício empregado tem o intuito de obter vantagem para o vendedor, empenhado em enganar a consumidora. Ora, nos três casos, como é que se materializam no futuro tais promessas e como o sistema jurídico e judicial pode garantir de que tais direitos poderão ser plenamente exercidos ?

Apesar de parecer banal, os três exemplos acima são fatos claros do que pode acontecer rotineiramente. E em muitos casos da realidade diária ocorre dissonância cognitiva, promessas não materializadas ou mesmo promessas ardilosas seduzidas por propaganda enganosa. E nos três casos acima, temos claramente exemplos de contratos. O que materializa tais promessas é este instrumento chamado **contrato**, seja escrito e formal, seja não-escrito e informal. Como fazer cumprir o contrato depende do sistema judicial de uma sociedade. No entanto, o debate sobre contratos é muito mais amplo do que pode parecer e é com isso que vamos nos ocupar agora.

Primeiro, como garantir com que as promessas sejam cumpridas ? Por um lado, isso depende do ambiente institucional vigente; por outro, contudo, depende de como esse ambiente encara os contratos. Os contratos são **os meios pelos quais os direitos são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos**. Há, portanto duas indagações fundamentais: quais são estes direitos que podem ser estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos, (já que claramente há algumas promessas que não se caracterizam como sendo 'direitos') e em segundo lugar, como lidar com as promessas não cumpridas, ou seja, como 'indenizar' (ou melhor, ressarcir) a transgressão de direitos que foram transferidos, outorgados ou cedidos ?

Na tradição jurídica do século XVIII, firmou-se que o contrato é um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito ou que se

sujeitam a alguma obrigação. Trata-se de definição clássica adequada para aquela época, mas um pouco simplória num mundo em que a informação é o principal ativo e em que as mudanças imperam numa velocidade ímpar, transformando a realidade numa complexa e intrincada teia de relações jurídicas e econômicas.

A História do Contrato

O direito romano conheceu certamente uma reflexão sobre os contratos. O sentido dos contratos, porém, não equivalia ao nosso. Na verdade, os contratos que passaram a ser protegidos pela ação do pretor eram uma inovação em contraste com os negócios tradicionais do direito antigo e ritual (*sponsio* e *stipulatio*). Os quatro novos contratos da vida comercial, já conhecidos e praticados no Mediterrâneo, inclusive pelos gregos, tornaram-se *tipos novos,* desenvolvidos, fundados na boa fé: a compra e venda (*emptio venditio*), a locação (*locatio conductio*, dividido em três subtipos: *locatio rei*, *operarum* ou *operios faciendi*), o mandato e a sociedade. São os contratos nascidos do consenso, ditos obrigações *consensuais*. Outras ações vieram proteger tipos não derivados dos ritos da *stipulatio*, ou seja, da obrigação nascida do uso das palavras sacramentais (obrigações *verbais*). Foram ações que garantiram devolução de coisas (depósitos, mútuos, portanto ditas obrigações *reais*); que se provavam pelos escritos dos pais de família, ditas obrigações *literais* ou por escrito (*litteris*).

Admite-se hoje que os contratos no direito romano eram verdadeiras *fontes* de obrigação. A fonte do vínculo era o contrato e não a vontade das partes. Daí a convicção de que os pactos puros e simples não geravam ação (*ex nunc pacto actio non oritur*). De qualquer maneira, para o jurista romano o que interessava não era uma teoria geral do contrato, pois todo o direito romano estava construído sobre as defesas e ações possíveis (*actio* ou *remedy*, do direito inglês) e não sobre um conceito substantivo de direito ou contrato. Assim, ou um ato solene gerava uma ação (os negócios da stipulatio, por exemplo) ou a ação se estendia a certas interações por meio da interpretação *bona fidei*. Não se esperava uma teoria geral dos contratos, mas da ação.

A idéia, de que os contratos, e não somente a vontade das partes geram a obrigação, dominou também boa parte do direito medieval acadêmico e letardo, conhecido como *ius commune*. Havia dois pressupostos na teoria contratual do século XII ao século XVII: a) que os contratos eram tipos definidos, com finalidades específicas, aos quais as partes aderiam quando desejavam certas conseqüências jurídicas; b) que o fundamento último dos contratos era realizar a justiça entre as partes, ou realizar a liberalidade, isto é, trocar igualmente entre iguais ou trocar porque um dos sujeitos desejava realizar uma liberalidade, aquela virtude que está entre a avareza e a prodigalidade e que consiste em doar segundo o mérito e a conveniência de cada um, e que permite ao homem alegrar-se ou entristecer-se com as aquisições e perdas

na medida certa. (Aristótoles). Ao trocar de forma justa as partes dão-se reciprocamente o que é de cada um (pois a justiça consiste em dar a cada um o que é seu). Ao realizar a liberalidade, as partes dão do que é seu, e não o que é do outro, vão além do devido num sistema de trocas ou retribuição."

(Extraído de José Reinaldo de Lima LOPES. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. São Paulo : Max Limonad, pág. 391

A acepção moderna e mais clássica o contrato é encontrada no *Code Civil* de Napoleão, de 1804 e resume com precisão lapidar o que os liberais entendiam por contrato: "uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se comprometem em relação a uma ou a várias outras a dar, a fazer, ou a não fazer, alguma coisa." [2] Ele pode ser bilateral (quando houver dois contratantes) ou multilateral (mais do que dois) e contém obrigações e direitos recíprocos. Há ainda, uma transferência desta noção de contrato privado para o campo da sociologia política; quando se fala em contrato social, se está referindo ao tipo de vida em sociedade que se almeja. Rousseau, por exemplo, em seu clássico *Du contrat social* forMulá o seguinte enunciado: "cada um de nós põe em comum a sua pessoa e toda a sua potência sobre a suprema direção da vontade geral; e recebemos em bloco cada membro como parte indivisível do todo." [3] Mas, para a finalidade deste capítulo, o contrato é instrumento individual baseado no acordo de vontades.

A noção do contrato como um acordo de vontades tem sua acepção econômica em três processos diferentes: a oferta e a contrapartida da oferta, a aceitação da oferta e da contrapartida e a liquidação da promessa. Vamos exemplificar cada uma destas três fases.

Um vendedor faz uma oferta da venda de um imóvel de praia ('vendo um apartamento no Guarujá (SP) por R$ 50 mil à vista'). Trata-se de uma oferta (venda de um tipo de imóvel que é o apartamento com todos os seus atributos físicos e como contrapartida desta oferta o vendedor espera receber R$ 50 mil à vista, ou

[2] Code Civil Français, Título III, 1101.

[3] Jean Jacques Rosseau. *Du Contrat Social*. I, 6. Gallimard, Paris, 1972.

seja, no momento em que o título de propriedade (a escritura) for outorgada. O comprador depois de avaliá-lo e examiná-lo, decide aceitar pagando o preço pedido. É aqui o momento da aceitação tanto da oferta (do apartamento no estado em que ele se encontra) como da contrapartida (do preço pedido e nas condições exigidas, ou seja, à vista. É o momento do 'fechar' o negócio. Vejam que até aqui realmente é a vontade de cada um que imperou; um quer vender e o outro quer comprar. O último momento do nosso exemplo refere-se à liquidação (ou em termos jurídicos, a 'tradição') é quando o comprador dá ao vendedor a motivação para entregar o imóvel, ou simplesmente quando ele paga o preço combinado. Quando o vendedor recebe o dinheiro e outorga a escritura e registra aquele documento público no Cartório de Registro de Imóveis o negócio se encerra.

São dois aspectos que valem ressaltar neste nosso singelo e corriqueiro exemplo. Primeiro, pode-se dizer que o contrato é incompleto até o momento em que o promitente comprador paga ao promitente vendedor. Depois, o contrato se aperfeiçoou quando o vendedor recebeu em dinheiro o valor que estava exigindo pelo imóvel. Ou seja, a liquidação da obrigação (ou da promessa) é o que completa o contrato. No entanto, o segundo aspecto é igualmente importante: a contrapartida do contrato.

A contrapartida (ou em termos contratuais, o "preço" é o que define a entrega do objeto. Não haveria promessa a ser cumprida se não existisse o recebimento da contrapartida, que no caso é o preço. Poderia ser, contudo, por exemplo, um automóvel ou mesmo uma prestação de determinado serviço, por meio de recebimento do imóvel em dação em pagamento. Podemos assim alargar a expressão deste 'acordo de vontades' como sendo um processo de oferta, de contrapartida, de aceitação e liquidação de direitos que são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos. Isso é o que é de fato, um contrato.

Apenas por meio dos contratos é que se podem realizar investimentos com vistas a reduzir riscos no futuro, tema que vamos nos ocupar mais adiante. A natureza do contrato é a promessa de cumprimento recíproco — prometer vem do latim *promittere*, que significa "atirar longe", "obrigar-se verbalmente ou por escrito a fazer ou dar". Só há eficiência em uma economia quando é possível assegurar que tais promessas serão cumpridas. Ou seja, nos exemplos acima, só valeriam como verdadeiros contratos se pudessem ser de alguma forma liquidados ou em oposição, se não houvesse o cumprimento da promessa algo pudesse ser feito para induzir aquele que prometeu a cumprir a sua palavra. No primeiro exemplo, há oferta, aceite e liquidação, logo não há o que se discutir. Já no segundo, não há qualquer tipo de liquidação; é mais um presente que o pai se compromete em dar, do que um contrato. Não há contrapartida pelo cumprimento desta promessa, nem qualquer sanção por seu descumprimento, logo não é um contrato. Já no terceiro, a oferta é enganosa, leva a consumidora, na verdade, a aceitar uma oferta que de fato não é aquela que originalmente foi feita; houve uma contrapartida que foi cumprida (a consumidora pagou pela promessa) há liquidação e há prejuízo. Cabe portanto, neste caso, sanção. São os tribunais que podem coagir (no sentido de definir ou de forçar) a empresa a indenizar a consumidora.

Então, em resumo, pode-se afirmar então que **contrato é a promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeita que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos entre agentes econômicos**.

No entanto, pode-se argumentar que uma parte não cumpriu a sua promessa, mesmo tendo celebrado-a anteriormente porque tal contrato (ou as condições que tal contrato impunha) eram injustas. A primeira noção que precisamos discutir é exatamente o conceito de justo ou injusto.

O conceito do justo contratual

Remete-se à noção corrente de justiça (da qual deriva o conceito de justo) a idéia de que algo (uma coisa ou uma situação) está conforme um direito – aqui, num sentido amplo e genérico, seja um direito positivo ou um direito natural – o justo é aquilo que vem do Direito. Não à toa que o vocábulo *justus* vem de *jus*, que significa direito. Mas há um segundo sentido corrente que define justo: tudo aquilo que é de certa forma exato, rigoroso e preciso. André Lalande dá ainda um terceiro conceito de justo: "que julga acerca das suas relações com outrem como julgaria acerca da relação entre duas pessoas estranhas; e que, quando julga entre vários outros, não se deixa guiar por qualquer favor nem qualquer rancor preexistente. Ser justo, neste sentido, é, pois, uma qualidade essencialmente formal que consiste em se abster de procedimentos egoístas e juízos parciais."[4] Finalmente o último conceito que podemos expor é um sentido mais geral de justo: aquele que possui um bom juízo moral ou que sua vontade se conforma no respeito aos demais, nas suas idéias, nos seus sentimentos, na sua liberdade, na sua relação patrimonial e em especial em proibir ou admitir certos atos. O justo é acima de tudo um "homem de bem"aquele cuja vontade é conforme a lei moral.[5]

Um segundo aspecto de justiça refere-se ao preço justo: evidente que do ponto de vista de uma teoria mais liberal, o preço justo é aquele que as partes entenderam ser justo. Ora, há muito que se sabe que este tipo de concepção ideológica apresenta diversos problemas num mercado imperfeito, onde o sistema de precificação de um ativo, de um bem ou de serviço está sempre referido à algum outro ativo. Portanto, a própria lei e doutrina estabelecem critérios do que está acima ou abaixo do preço considerado como sendo "justo". Tal é o conceito de preço predatório, por meio do

[4] André LALANDE. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia.* P. 603
[5] Idem, ibedem.

qual o fornecedor vende seus produtos, ativos ou serviços por preço baixo com o objetivo de conquistar monopólio; é prática anticompetitiva e o próprio CADE, tribunal administrativo que cuida da concorrência no Brasil (vide capítulo sobre Concorrência) já entendeu que "inexiste ofensa à ordem econômica na venda de produto a preço inferior ao da concorrência, máxime quando consistente com os custos de produção. De igual modo, não há infração contra a concorrência na doação de produtos, em um único dia, à guisa de promoção."[6] Da mesma forma, há também preço abusivo, derivado de aumento abusivo de preços, reajustes ou imposição de preços com margens de lucros abusivas, ou seja, em mercados pouco competitivos ou pouco líquido, onde há, por parte do fornecedor, vendedor do ativo ou do serviço, imposição de preço elevado em relação aos custos. Não é, claramente, matéria fácil, até porque ajustado o mercado naturalmente ao nível da demanda, não há como falar em preço abusivo. Na interpretação do próprio órgão da concorrência quando deparado com tais questões "não há como falar em aumento abusivo de preços no repasse de majoração de custos de matéria prima ou em decorrência de outra circunstância mercadológica." [7] Entende-se ainda que a infração primária à ordem econômica não é o preço abusivo, mas o cartel, o monopólio, enfim a estrutura que permite cobrar preços acima do mercado.

Preço justo ou injusto ?

Corre a versão histórica de que a ilha de Manhattam foi comprada por 24 dólares. Aparentemente a história representa um típico caso de desequilíbrio contratual. A baía de Manhattan foi descoberta em 1524 pelo italiano Giovanni da Verrazano, que estava a serviço do rei Francisco I, mas somente em 1625 os holandeses ali se estabeleceram, dando à ilha o nome de Nova Amsterdam. No ano seguinte, em 1626, o holandês Peter Minuit, representando o governo de seu país, comprou dos

[6] Voto na Averiguação Preliminar nº 08000.016380/94-60, de 16 de outubro de 1996. Representante: Sindicato de Panificação e Confeitaria do Estado de Mato Grosso, Representante: Supermercados Big Lar de Várzea Grande.. in: D.O.U de 24 de outubro de 1996, seção 1, pág. 21777. *Apud* José Inácio G. FRANCESCHINI. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo, Ed. Singular.

[7] Voto na Averiguação Preliminar nº 08000.001248/95-80, de 3 de setembro de 1997. Representante: Pensamento Nacional de Bases Empresariais - PNBE, Representante: Royalplas Indústria e Comércio Ltda.. in: D.O.U de 19 de setembro de 1997, seção 1, pág. 21777. *Apud* José Inácio G. FRANCESCHINI. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo, Ed. Singular.

índios canarsee a ilha de Manhattan, onde hoje está situada a cidade de Nova York, pela módica quantia de 24 dólares (cerca de 60 florins holandeses). Seguindo a tradição dos comerciantes europeus, Minuit pagou os canarsee com os badulaques usuais nas trocas entre brancos e índios - espelhos, tintas, panos e só não incluiu radinhos de pilha no negócio porque estes não haviam sido inventados. Em 1664 os ingleses tomaram posse da ilha e a chamaram de New York, em homenagem ao Duque de York. Em 1667, entretanto, diante do argumento irrespondível dos canhões da armada inglesa, os holandeses aceitaram trocar Manhattan pela Guiana, que se passou a chamar Guiana Holandesa e, posteriormente, Suriname, nome atual. Não se pode dizer que a troca representou um negócio da China para os holandeses, mas, afinal, a então Guiana valia mais de 24 dólares, mesmo em moeda e não em quinquilharias. Para os índios, certamente os badulaques recebidos deveriam ter mais valor do que uma ilha, a meio a tantas outras....

(Fonte: Calvino Escobar; www. exclusivaup.com.br

Na filosofia grega, Platão (República, Livro I) ou Aristóteles (Ética a Nicômaco) a justiça (no sentido de ser característica do que é justo) está celebrada como uma das quatro virtudes cardeais: a prudência, a coragem, a temperança e a justiça. Para tais filósofos, a virtude resume a disposição permanente para cumprir e querer cumprir toda espécie de atos morais. Daí o fato de que o *jus* tem originalmente, sentido religioso; este sentido será alargado com a história para o sentido do Direito.

Ora, a noção de troca "justa" é o que embasa o contrato. O ditado de que o "que é combinado não é caro" resume a sabedoria popular de que, numa promessa, aquilo que é justo, acordado entre cada uma das partes de uma negociação, deve ser cumprido. No entanto, se o valor do contrapartida num contrato é acordado num instante de tempo, no outro, pode não mais ser válido, seja porque se alteraram as condições originalmente combinadas, seja porque uma das partes não quer mais cumprir o contrato, seja porque o que era justo no momento da contratação não é mais na liquidação.

Evidente, o conceito de justiça e do que é justo é extremamente fluído e impreciso. Podemos dizer que o valor justo de um contrato é aquele que as partes se

empenham em cumprir ? E isso é tautológico, já que estamos definindo o conceito por ele mesmo. É claro que é fácil observar e entender situações limite de injustiça: uma delas, da compra da Ilha de Manhattan (vide Box acima) ou na história bíblica de quando Esaú promete ceder seus direitos hereditários a Jacó por um prato de sopa. Mas mesmo em tais casos, para os índios, a ilha valia muito pouco, ou para Esaú, bens materiais para ele nada representavam. Em resumo, o que é um contrato justo ? Como medir justiça contratual neste sentido ? Ou como tais contratos deveriam ser preenchidos ? Não são conceitos fáceis nem há um único modelo que sirva a todos os casos. Mas, como certeza, o que é justo tem alguma conotação com o que é "de direito", mas também com o que é "eficiente".

Um segundo conceito importante é o de "equilíbrio contratual". Segundo Arnoldo Wald, trata-se de, num contrato bilateral, a noção de "resguardar, de um lado, o valor real das prestações, que não pode ser esvaziado pela inflação, e, de outro, o equilíbrio contratual inicial que deve ser mantido durante toda a execução do acordo firmado pelas partes. Trata-se de dar ao contrato um caráter dinâmico que se justifica pela fase de instabilidade e de mudanças rápidas que o Brasil e o mundo atravessam. Em vez de considerar as prestações das partes numa visão estática e literal, que pode ensejar iniqüidades, devemos garantir o equilíbrio das situações dos contratantes de modo que o vínculo entre eles existente no momento em que o acordo das partes foi celebrado". O equilíbrio contratual, além de refletir a preservação do preço contrato no tempo tem uma segunda função: refletir o tipo de compromisso que foi combinado entre as partes para que nenhuma das duas obtenha vantagens não previamente acordadas.

Do conceito de Justiça

Na Antiguidade Clássica, o direito (jus) era um fenômeno de ordem sagrada. Em Roma, foi uma ocorrência imanente a sua fundação, ato considerado miticamente como decisivo e marcante na configuração de sua cultura, por tornar-se uma espécie de projeto a ser aumentado e engrandecido no tempo e no espaço. Foi esta idéia,

transmitida de geração em geração, por meio da tradição, que delineou sua expansão na forma de um império, único em suas características em toda a Antiguidade. Assim, o direito, forma cultura sagrada, era o exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar. Neste quadro, a prudência ganhou uma relevância especial, recebendo a qualificação particular de *Jurisprudentia.*

A jurisprudência romana se desenvolveu numa ordem jurídica, que, na prática, correspondia apenas a um *quadro regulativo geral.* A legislação restringia-se, por seu lado, tanto na época da república, quanto na do Principado, à regulação de matérias muito especiais, assim o Direito Pretoriano não era algo completo, uma vez que, de modo semelhante à equidade no Direito Anglo-Saxão, representava apenas uma forma supletiva da ordem jurídica vigente: era criado *adjuvandi vel suplendi vel corrigendi iuris civilis gratia.* (para ajudar ou suprir ou corrigir o Direito Civil). Além disso, não era apresentado na forma de proposições jurídicas materiais. O edito do Pretor, no qual o Direito Pretoriano estava contido, por exemplo, consistia em esquemas de ação para determinados fatos-tipos e em fórmulas para condução de processos. Por isso, não apenas faltavam certas regras (como as de preenchimento de contratos) mas, quando elas apareciam sob a forma de *fórmulas* (no caso de contratos de compra e venda), estas freqüentemente eram apenas molduras que deveriam, então, ser preenchidas para uma aplicação prática. Com isto, a prática de constituir uma espécie de conjunto teórico capaz de preencher estes claros não foi possível de ser executada no período clássico, mesmo porque, a esta altura, a Jurisprudência era exercida por jurados, em geral leigos."

Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação.* Atlas, 2 ed. pág. 57, 1994.

Na leitura de *Law & Economics* vamos ver que para autores como Richard Posner a distribuição de justiça é medida de eficiência econômica, já que o direito restabeleceria os princípios da eficiência econômica. Posner escreveu: "Um segundo significado para 'justiça', e o mais comum, eu argumentaria, é simplesmente eficiência. Quando descrevemos injusta uma condenação sem provas, uma tomada de propriedade sem justa compensação, ou quando se falha em responsabilizar um motorista descuidado em responder à vítima pelos danos causados por sua negligência, podemos interpretar simplesmente que a conduta ou prática em questão *desperdiçou recursos*."[8] Ou seja, para Posner a justiça contratual está baseada em

[8] No original: Posner, p. 777: "A second meaning of 'justice' and the most common, I would argue, is simply efficiency. When we describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without just

eficiência. O conceito de eficiência vamos ver mais adiante. Por ora, o que precisamos entender é que só existem contratos eficientes e justos quando houver contratos exeqüíveis, ou seja, cobrados que possam ser executados se algo "der errado".

O que faz um contrato exeqüível? Se é por meio da liquidação do que está ali pactuado que qualquer contrato se realiza, com a extinção das obrigações a quem derem origem, um contrato pode "dar errado" por várias razões. Sem entrar nas várias modalidades de erro – que serão tratadas mais adiante – um contrato pode, primeiramente, dar errado, ou não ser exeqüível pela possibilidade de não ter previsto uma condição *ex ante* na sua elaboração. Por isso podemos afirmar que todos os contratos são incompletos. É o que veremos agora.

Contratos Incompletos

No entanto, é necessário ressaltar um aspecto fundamental sobre qualquer contrato, seja oneroso ou não: eles são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza. Também podem ser alterados, na sua execução, simplesmente pela mudança da vontade dos agentes contratantes ou em face de estes desconhecerem algum dado no momento de sua celebração, ou porque algum fato novo impediu a adesão deles ao que fora previamente combinado. Em ambos os casos tal comportamento leva ao questionamento do contrato.

É impossível pressupor todos os acontecimentos ou fatos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro. Essas lacunas serão preenchidas *ex-post*, uma vez iniciado o cumprimento (ou não) do contrato. Somente é possível alocar o risco com mais eficiência mediante a criação de incentivos ou de sanções no desenho do contrato se as partes conseguirem incluir cláusulas capazes de

compensation, or failing to require a negligent automobile driver to answer damages to the victim of his carelessness, we can be interpreted as meaning simply that the conduct or practice in question *wastes resources*"

maximizar os respectivos benefícios e se forem bem-sucedidas em prever que, na execução do contrato, tais cláusulas serão validadas.

O nosso sistema jurídico, apenas para darmos um exemplo, — e em particular o Novo Código Civil — esgotou em dois ou três institutos a hipótese do "preenchimento" dos contratos incompletos: a imprevisão (art. 317), a onerosidade excessiva (art. 478) e a lesão grave (art. 157), todos tendo como pressuposto a boa-fé objetiva.[9] O que se pretende é oferecer a possibilidade de remediar a previsão defeituosa com a correção de qualquer evento externo à economia do contrato. Já se pode perceber que a certeza contratual é fundamental para viabilizar qualquer investimento de longo prazo. Embora isso não seja novidade — já nos contratos internacionais antigos se previa a *cláusula de hardship*, dos eventos de força maior ou mesmo de mudanças nas condições originalmente pactuadas —, a compreensão dos contratos incompletos precisa ser alargada. Grassa nos nossos tribunais o preenchimento equivocado das lacunas dos contratos incompletos, por meio de institutos que muitas vezes não podem ser aplicados ao caso concreto, ou da tutela sobre quem não deve ser protegido.

Apesar de estarem consagrados à cultura jurídica, a presença de alguns desses institutos positivados no sistema jurídico não resolve os problemas potenciais dos contratos incompletos. Por exemplo, a teoria da imprevisão ou a onerosidade excessiva não se constituem em métodos adequados para identificar contratos com essa característica. Mais do que isso, não apresentam formas de superar a incompletude contratual sem ter que renegociar ou discuti-lo *ad initio*. Em outras palavras, como lidar com contratos incompletos sem ter que arcar com todos os custos da novação ou da renegociação?

[9] Diz o NCC: *Art. 317*:: "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. *Art. 478*: "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação." *Art. 157: "* Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta."

Trata-se de uma indagação-chave, o que pode ser verificado quando se discutem concessões, parcerias público-privadas e tantas outras inovações que o Estado brasileiro pretende no âmbito administrativo. Por exemplo, quando se faz um contrato de longo prazo é natural que as partes contratantes esperem que não possam existir modificações nas condições originalmente pactuadas. Suponha uma concessão de uma rodovia, onde o parceiro privado fará investimentos de melhoria na rodovia e receberá o direito de exploração do pedágio. Tal análise de investimento implica em conhecer o fluxo de veículos e o custo do pedágio. Ora, se o Poder Público, por qualquer razão decidir reduzir drasticamente o preço do pedágio a ser pago pelo usuário, todo o retorno do investimento poderá ser comprometido.

Tradicionalmente, o Direito apresenta três instrumentos para lidar com os contratos incompletos: a hermenêutica contratual (que busca interpretar o contrato por sua finalidade, ou o que se entende como a finalidade do negócio jurídico); a Lei (e a lei, ou suas normas positivadas, como aqui se afirmou, é esparsa e prolixa); e os usos e costumes, que tratam as lacunas contratuais valendo-se das analogias com experiências similares. Esses instrumentos tampouco resolvem satisfatoriamente os riscos contratuais, mas, entre nós, seria bom haver maior harmonia entre eles; o apaziguamento de doutrinas já testadas pelos tribunais superiores, por exemplo, só atestaria que, ao preencher as lacunas dos contratos incompletos, os tribunais aumentariam a previsibilidade das soluções.

Os contratos são promessas que contém um componente do ambiente institucional para aplicar sanção na hipótese de descumprimento.[10] São contratos apenas aquelas relações humanas que o sistema jurisdicional (Poder Judiciário e Leis) entendem e possam aplicar como sanção.

[10] Masten S E 1998. Contratual Choice. Encyclopaedia of Law & Economics. Ed. Boukaert B e Geest G, Edward Elgar Publishing Co.

Dizem alguns que a incompletude dos contratos apenas dá início a um processo mais oneroso de negociação, o qual, porém, se mostra mais eficiente. Victor Goldberg celebra a teoria dos contratos relacionais — aqueles que "enfatizam o processo dos acordos em substituição ao detalhamento dos mesmos" —, e insiste em formas e técnicas de governança como meio de assegurar o cumprimento contratual. Para ele, os contratos "*comunicam*" determinados objetivos aos seus destinatários com a intenção de alcançar resultados específicos, mas deve-se estar ciente de que conflitos, em decorrência da incompletude, podem surgir. Tome-se por exemplo uma relação bancária entre uma instituição e um cliente. Quando um cliente assina um contrato de abertura de conta-corrente (nos termos da Resolução 2.025), ele está, na verdade, se comprometendo muito mais do que depositar e sacar certos montantes; há entre eles uma relação de fidúcia, de confiança. Esta relação vai muito além do simples contrato (irregular) de depósito, implica em certos outros serviços (por exemplo, sustar ordens de pagamento, obter um dado financiamento, etc) mas não está necessariamente descrito e estabelecido naquele instrumento nem irá deslanchar-se no primeiro instante. Um outro exemplo é a relação entre franqueador e franqueado: uma circular de oferta de franquia não contempla todas as relações legais possíveis entre um e outro; não apenas as responsabilidades, direitos e deveres são mais amplos do que o texto contratual, mas também os contratos se relacionam com a negociação e adaptação futura dos mesmos. E aí os custos do aprendizado são inevitáveis. Segundo Goldberg, o processo é longo e contínuo até que se atinja o ponto de uma relação duradoura e de confiança recíproca. Ora, os contratos relacionais, corrente inaugurada por Victor Goldberg e I. R. Macneil, enfatizam exatamente o ajuste de tais acordos no tempo, por meio do processo de negociação dos mesmos. Klein (1981) entende que contratos ao aquelas promessas que engajam em ação, mesmo se não forem passíveis da proteção jurisidicional. Contratos relacionais são aqueles que as promessas baseadas em salvaguardas são ditadas pelos mecanismos reputacionais, pelas sanções informais, por aquilo que se conhece como "soft law", o direito que não é direito, mas que muitas vezes funciona melhor que a própria lei. Por exemplo, o próprio papel da

imprensa e da credibilidade dos agentes envolvidos numa notícia e na força sancionatória que tais mecanismos tem.

Os contratos existem para comunicar condições de cumprimentos dos objetivos do contrato por um longo período de tempo. Regras formais não podem controlar as relações humanas; daí a importância de certos tipos de mecanismos que operam fora do contrato e exigem, como já se afirmou, negociação.

Para que os mercados funcionem adequadamente até lá, e considerando que o contrato só existe porque há riscos imprevisíveis na data de sua assinatura, o Estado de direito prevê mecanismos de solução de disputas ou controvérsias — o Poder Judiciário, por exemplo. Em face das regras estabelecidas, desenham-se contratos cuja função é criar mecanismos de salvaguarda para as partes se algo no futuro não resultar conforme o planejado. A arbitragem também desponta como eficiente meio de solução de controvérsia nos contratos incompletos.

Daí a necessidade de tribunais e árbitros eficientes, preparados e especializados, habilitados a contribuir para que as partes contratantes transformem conflitos em soluções cooperativas, ou seja, disputas judiciais em provisão de justiça. O papel da justiça ou da arbitragem passa a ser a garantia do cumprimento das promessas mediante a criação de incentivos para uma cooperação eficiente, com mais e melhores benefícios econômicos na solução das controvérsias.

Finalmente, há o que se conhece como paradigma de Arrod-Debrew, segundo o qual os contratos emergem entre as partes com base na existência de uma espécie de "leiloeiro" que será um facilitador, alguém que passará as informações de consumo e de produção como se fosse num mundo ideal com informação perfeita. O leiloeiro trará todas as informações relevantes para a tomada de decisões sem que exista qualquer outro tipo de conflito contratual. O modelo é usado para definição do que é uma relação ideal. Esta teoria contratual é semelhante a teoria econômica do

equilíbrio, onde se supõem que os agentes possam redigir e formalizar contratos a custo zero, sem qualquer tipo de negociação, buscando sempre posições de equilíbrio. Existirá acordo sempre que houver negociação dos direitos de propriedade com a compensação das perdas e a melhoria das posições dos contratantes. Segundo Décio Zylberstzajn, "os conceitos de curva de contrato surge na análise de equilíbrio como sendo um conjunto de pontos associados a escolhas dos agentes que representam pontos do equilíbrio de Pareto."

Eficiência contratual

Tendo explicado até aqui fundamentos dos contratos, a teoria dos contratos incompletos, é importante agora voltar ao conceito de eficiência como contraposição ao conceito de equidade (como aquilo que é justo). O que é eficiência ? Em termos estritamente econômicos eficiência se refere à relação entre os benefícios agregados à determinada situação.[11] Um conceito mais definido é o chamado conceito da eficiência de Pareto, ou o Ótimo de Pareto, relacionado ao economista italiano Vilfredo Pareto. O ótimo de Pareto é aquela situação em que não há mudança quanto a atuação de um agente que se torna melhor sem piorar a situação de qualquer outro. Um dado problema não é eficiente, neste sentido se por definição, os benefícios do vencedor são gerado em prejuízo ao perdedor.

Há um segundo princípio de eficiência, na mesma linha de melhorar os resultados do mercado, alocando recursos de tal modo que o resultado seja ótimo para toda a sua sociedade. Dito de outra forma, trata-se o princípio de Kaldor-Hicks, pelo qual o ganho dos ganhadores excede o prejuízo dos perdedores.[12] Isso é diferente do ótimo de Pareto, pelo qual os recursos econômicos somente podem ser alocados

[11] Michael A POLINSKY. *Na introductioin to Law & Economics.* Aspen Law, 1989.
[12] Há alguns autores que a isto se referem como *welfare economics.*

para melhorar a situação individual desde que não haja piora na situação de outrem.[13]

É a situação de *maximização da riqueza*, na expressão de Posner, pois todos estarão em posição melhor sem necessariamente piorar a situação individual de alguém. A eficiência de Kaldor-Hicks se baseia no princípio da compensação — em que os custos com o pagamento do prêmio são inferiores aos benefícios gerados, o que explica, em parte, porque todos se encontram em melhor posição.[14] Os ganhos potenciais (destinados a remunerar os perdedores e ainda permitir um adicional de ganho a quem paga a compensação) fará com que toda a sociedade consiga atingir um ponto de equilíbrio ótimo, situação muito diversa da proposta pelo princípio de Pareto, segundo o qual há a possibilidade — mas não a necessidade — de maximizar os ganhos para a sociedade.[15] Em matéria de contratos, típico mecanismo de distribuição de risco, a eficiência é um dos principais objetivos a ser atingido: melhorar a situação individual dos contratantes sem risco de inexeqüibilidade.

Mas o conceito de eficiência contratual é mais antigo. Uma definição filosófica de eficiência resume a *"a qualidade de um conjunto de elementos que dependem reciprocamente um dos outros e que obedecem a um todo organizado"*.[16] Depreende-se, assim, que se trata de uma característica própria de um sistema maduro e comprometido com sua manutenção, no qual regras gerais, usos e costumes já estão suficientemente sedimentados para garantir que, mesmo com a ocorrência de adversidades graves não serão internalizadas nem causarão movimentos de ruptura.[17] Por eficiência, sempre se está entendendo a adequação dos meios aos fins., *"Eficiência é a causa que produz o seu efeito sem nada perder ou dispensar de si mesma*", escreveu o filósofo

[13] MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven. *Economics and the law*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
[14] POSNER, Richard. *Introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press, 1954.
[15] Argumenta-se que tal necessidade advém de decisões políticas. Vide de MERCURO, op.cit.
[16] LALANDE, André. op. cit. p. 1034.
[17] NORTH, Douglass. *Institutions, institutional*.... op. cit.

Malerbranche.[18]. Para Aristotéles, a *causa efficiens* é fenômeno que produz outro fenômeno, que passa a ter ação.[19] Em termos econômicos, representa o uso racional dos recursos, maximizando seu resultado e transformando suas causas em ganhos.[20]

Eqüidade tem uma disposição distinta – e muito mais abstrata — consiste na disposição de reconhecer *igualmente* o direito de cada um. Implica o tratamento igualitário para todos os agentes no que se refere à capacidade de absorção de regras genéricas. Para outros, como Posner, o conceito de eqüidade se confunde com o de eficiência. A dimensão moral da eqüidade é fundamental para essa prática. De acordo com James Lynch, essa dimensão cifra-se no conjunto de valores que governam o comportamento daqueles que estão engajados no oferecimento de quaisquer serviços e produtos no mercado. A responsabilidade (seja a do acionista controlador, seja a dos empregados que com ele trabalham) é um dos componentes dessa dimensão moral, se bem que possam existir outros.[21] Citam-se dois tipos de eqüidade na literatura. Há a eqüidade *horizontal*, concernente ao tratamento igualitário de todos os agentes econômicos, e a eqüidade *vertical*, relativa ao tratamento proporcional ao tamanho do agente. Enquanto eficiência diz respeito ao à relação entre os benefícios agregados à determinada situação, aos ganhos de um ou de outro, equidade é em geral mais compreendido como a distribuição igual de renda entre os indivíduos.

Vamos citar um exemplo prático que ilustra bem o que é eficiência e equidade contratual. Vamos supor que eu tenho um terreno contíguo ao um exatamente igual, que pertence ao meu vizinho. Há uma faixa de grama entre os dois terrenos, de uso comum. Por ser terreno arenoso, é preciso de irrigação constante, e só nós dois seremos beneficiados por uma grama mais verde. Suponha ainda que a minha renda

[18] Apud LALANDE, André. op. cit. p. 1037.
[19] Idem, op. cit. p. 1038.
[20] DIVER, C. S.. The optimal precision of administrative rules. In: BALDWIN, Robert. (Coord.). *A reader*... op. cit.
[21] LYNCH, James J. *Banking and finance:* managing the moral dimension. Londres: Gresham Books, 1994.

mensal é de R$ 3.500 e do meu vizinho, R$ 6.500. O total da renda disponível é portanto, de R$ 10.000, ou seja, a somatória da minha renda e da do meu vizinho. O tratamento de irrigação da nossa grama custará R$ 3.000, mas corretores do local estimam que haverá valorização de nossos terrenos em valor superior a R$ 3.000, do investimento na irrigação; vamos supor que a valorização seja de R$ 4.000 para os dois proprietários. É claro que do ponto de vista de eficiência econômica, o benefício supera o custo; vamos investir R$ 3.000 e gerar um benefício de R$ 1.000 (R$ 4.000 de valorização menos o investimento de R$ 3.000). Mas quem fará o investimento ? O primeiro senso comum é simplesmente dividir o investimento por dois: eu arco com R$ 1.500 e meu vizinho, com os outros R$ 1.500. No entanto, isso pode não ser uma situação tão simples. Para mim, este investimento é de 43% da minha renda, enquanto para o meu vizinho é de apenas 23%. Ou em outras palavras, é menos oneroso para ele do que para mim. Por sua vez, considerar que eu faço todo o investimento, significa que meu vizinho terá renda de R$ 8.500 (R$ 6,500 mais R$ 2.000 de benefício, metade da valorização) e eu de R$ 2.500 (R$ 3.500 menos o investimento de R$ 3.000 mais R$ 2.000, metade da valorização). Ou seja, estou em situação pior a que eu estava antes de iniciar o contrato. Por sua vez, se formos considerar o investimento como sendo exclusivo de meu vizinho, ele terá R$ 6.500 de renda menos R$ 3.000 do investimento mais R$ 2.000 de metade do benefício, o que gera um resultado de R$ 5.500, enquanto eu ficarei com R$ 3.500 mais R$ 2.000, ou seja, os mesmos R$ 5.500. Ora, do ponto de vista de equidade, é preferível que ele mesmo arque com o investimento do sistema de irrigação. Claro que o dilema é relativo e depende do que se considera como justo e como se quer priorizar as necessidades de investimento de um e de outro caso. No entanto, se o investimento e o benefício for distribuído de forma diferente, e de acordo com a renda, por exemplo, 60% da valorização for para meu vizinho e 40% para mim, os resultados serão de R$ 1.800 e R$ 1.200 de investimento para cada um com resultados de R$ 2.400 e R$ 1.600, respectivamente de valorização.

A eficiência econômica depende então se uma promessa possa ser cobrada e cumprida. Ora, isso só é relevante em contratos de execução diferida, aqueles que avançam no tempo. Trocas imediatas, ou seja, aquelas que se dão concomitantemente à entrega do objeto, representam tradição e não necessitam de contratos por não envolverem maiores riscos. Por exemplo, quando vou a padaria comprar pão, o padeiro me entrega o pão e eu o dinheiro. Isto é diferente, por exemplo, daquilo que envolve execução diferida: o pagamento antecipado para posterior entrega; a entrega do bem e o pagamento posterior; ou ainda a entrega do bem no futuro contra pagamento também no futuro.

A disciplina jurídica da compra e venda do pão é a da tradição; ou seja, se a venda é perfeita e a entrega do produto comprado se dá no prazo determinado, segundo o que se estipulou no contrato, consoante o artigo 491 e 492 do Novo Código Civil.[22]

A compra e venda é ato jurídico perfeito a título oneroso, que se opera por meio da tradição. Alexandre Correa define a origem da *traditio* como "*ato material da entrega de coisa* (...) *e portanto na sua tomada de posse, com a intenção de transferi-la e respectivamente de lhe adquirir a propriedade, em virtude duma causa hábil a transferir-lhe o domínio* (iusta causa traditionis)".[23] Ele ainda relata que, para os romanos, havia modos distintos de tradição, e a mais conhecida era a *traditio ficta*, mas se distinguiam várias espécies e modos de tradição, entre elas a *traditio simbolica*, que vem a ser a que ocorre quando se entrega apenas um símbolo – uma chave, por exemplo, -- como instrumento da propriedade (conhecido como o *traditio instrumentorum*).[24]

Quando há execução no tempo – entrega ou pagamento no futuro, há implícita a noção de risco. Vamos ater a este conceito agora.

---

[22] Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço. Art. 492: Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador

[23] CORREA, Alexandre. *Manual de Direito Romano.* São Paulo: Saraiva, 1961. p. 180.

[24] Idem, op. cit. p. 180 e ss.

Noção de risco

Pelo senso comum, risco é aquilo que pode representar perigo ou possibilidade de perigo ou ainda impreciso, incerto e que traz dúvidas. Trata-se de uma palavra que advém do baixo-latim *risicu, riscu*, este provavelmente também do latim *resecare*, que significa "cortar", ou do espanhol antigo *risco*, que quer dizer "penhasco alto e escarpado". Num sentido econômico ou financeiro, o risco é a probabilidade de lucro ou de prejuízo financeiro. Num sentido jurídico mais amplo, pode significar mais precisamente a possibilidade de perda (ou ganho), ou, ainda, a probabilidade de se inculcar responsabilidade pelo dano causado a outrem. Um segundo sinônimo de risco é "álea", que, do mesmo modo, tem sua origem no latim *alea*, mas que naquela língua tem, como substantivo, um significado preciso — um "dado de jogar".[25]

Um bom resumo da noção de risco está exatamente na noção do jogo — não jogos de azar, mas simplesmente *jogo*: há, em igualdade de condições e com o cumprimento de regras determinadas, a probabilidade da perda concomitante à probabilidade de ganho. Risco é, portanto, *álea*, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a hipótese de lucro. Mas, acima de tudo, risco é lançar-se sobre o desconhecido.

Todos os agentes econômicos no mercado, sempre estão exercendo suas atividades econômicas com o fito de obter lucros e portanto, correndo os correspondentes riscos. Já dizia o Poeta Vinícius de Moraes que "são muitos os perigos desta vida"; não há ganhos sem risco e não há promessa no futuro que não invada o futuro, por definição, imprevisível. Há uma diferença entre *risco* e *incerteza*. Risco é parte do jogo, é probabilística, e estatisticamente mensurável, enquanto incerteza não é uma variável quantificável. Por exemplo, o próprio conceito de volatilidade é uma medida de risco. Já incerto é algo que não pode ser predito, não há nem mesmo uma

[25] EHRLICH, Eugene. *A dictionary of latin*. Nova York: Harper & Row, 1985.

chance de projeção ou de estimativa; o incerto está ligado ao futuro e como se diz no ditado popular, ao futuro a Deus pertence !

Ora, todas esta variáveis se relacionam diretamente à performance do contrato. Para efeitos desta análise, a incerteza contratual é uma variável não passível de descrição; por exemplo, não sei se posso ou não confiar no meu vizinho e na sua honradez de cumprir tudo aquilo que prometeu, porque não o conheço. Já no que diz respeito ao risco de uma operação que estou correndo com o mesmo vizinho, a variável pode ser medida: posso inclusive incluir uma garantia contratual para mitigar minha chance de prejuízo, posso ainda incluir uma obrigação de fazer por inexecução, ou seja, se não puder receber aquilo que me foi prometido, posso cobrar no mesmo contrato certas penalidades; por oposição posso não entregar o que prometi se não receber, e assim por diante.

Teoria Econômica do Contrato

Vimos que a eficiência de qualquer contrato requer poder fazer cumprir qualquer promessa se tanto o promitente (aquele que promete, que contrata) quanto o prometido (a quem se promete, o contratado) desejarem o cumprimento pleno do contrato. Enquanto a eqüidade é fundamental ao equilíbrio do contrato, o conceito de dar a cada um o justo é difícil de precisar; logo, por se tratar de menos descritivo, optou-se por descrever a teoria econômica do contrato apenas pelo prisma da eficiência.

Há três indagações fundamentais as quais são necessárias para entender melhor o tema da teoria econômica do contrato. Vamos a elas:

1) Quais são as promessas que podem ser exigidas ?
2) Quais são as alternativas se uma das partes descumprir o contrato ?
3) Como garantir resiliência ótima ?

A primeira pergunta básica, quais são os tipos de promessas devem valer ? Vimos que uma proposta que é exigida instantânea e simultaneamente não necessita de contrato; trata-se de tradição e envolve apenas tempo para a sua completude, por exemplo, o padeiro pegar o pão e receber o dinheiro pela venda da mercadoria. No entanto, naquelas promessas que além do tempo, há incerteza – aquelas que remetem ao futuro o seu cumprimento – aqui, temos a necessidade de contrato. E incerteza envolve o conceito de risco, como vimos acima. No entanto, há um segundo conceito que é relevante e que diz respeito não mais a risco, mas à cooperação.

Noção de Cooperação

Cooperação está baseada na certeza firme e suficiente para a ação. Mas não é ação humana de todo rigorosa ou inflexível, seja porque repousa somente sobre certas probabilidades (inerentes à negociação) seja porque repousa sobre uma mistura de outras ações baseadas em sentimentos ou emoções fortes. Por exemplo, num ato cooperativo, exige-se ação prática, mas não se sabe se o outro deseja igual ação; daí o conceito de probabilidade (ação e reação) de certas proposições. Claro, podem estar influenciadas por outros fatores, como desconfiança, por exemplo.

Vamos ilustrar os exemplos agora com algo rotineiro, com a compra de um carro usado. Só consigo fechar qualquer negócio se tiver informação (veremos adiante a importância de informação para o contrato). Mas é preciso cooperar, no sentido de agir, para poder negociar. Preciso me sentar com o vendedor do automóvel e buscar uma solução para o negócio, seja quanto à preço, entrega, financiamento, seja quanto à certos opcionais que ficam ou não no carro. Neste sentido, a cooperação se estabelece por convenção, é uma típica prática humana que determina qualquer tipo de torça monetária. Ou seja, enquanto comprador é necessário que se estabeleça um enunciado para que se possa criar uma circunstância em comum: a

circunstância da compra e da venda. Além disso, esta circunstância por si só de nada adianta, é preciso que haja nela algum tipo de causa ou o efeito: um querer comprar e o outro querer vender. A definição mais filosófica deste tipo de cooperação está em J. S. Mill, e é baseada no que ele denomina de "método da concordância": se dois ou vários casos do fenômeno que se estuda possui uma circunstância comum, e esta é a única pela qual todos os outros casos semelhantes são dados pelo mesmo fenômeno. Parece complicado ? Mas não é. A circunstância é um querer comprar e o outro, vender. Os casos semelhantes, a tradição de entrega de um bem contra o respectivo pagamento, que é o mesmo fenômeno meu, enquanto comprador e do outro, como vendedor.

Informação e Assimetria Informacional

Vamos tomar o exemplo da compra de um carro usado, o mesmo que George Akerlof usou em seu célebre artigo "A Market for Lemons"(Lemons, nos Estados Unidos são carros usados). Como os potenciais compradores não tem condições de avaliar de forma mais apurada ou precisa a qualidade e o histórico do carro (se já foi batido, se o motor está batendo pino, etc) ocorre um fenômeno que se conhece como assimetria. Simetria (e seu antônimo, assimetria) vem da geomnetria. É a característica de duas figuras geométricas que podem ser colocadas de um modo tal que cada ponto de uma corresponda um ponto da outra; assimetria é o oposto. No caso, o vendedor conhece muito mais sobre o carro do que o comprador. E levado este mesmo raciocínio adiante, o comprador está em clara desvantagem, já que ele não dispõe de informação. Aí restam sempre duas conseqüências desta assimetria: primeiro, nesta hipótese, há a necessidade de regulação, ou seja, o suprimento e a superação desta deficiência informacional, por meio do Estado (vide capitulo sobre Direito do Consumidor); e em segundo lugar, um certo monitoramento pós-contrato, como por exemplo, estabelecer uma garantia de uso pós-venda.

Mas, cooperar implica também em transigir, em ponderar propostas divergentes e em aceitar; pode-se entender, neste sentido, ainda cooperação como convergência de interesses. Convergência é um termo da física, é a característica de duas ou mais trajetórias que se reúnem num só ponto; na ótica, a convergência de raios se dá num único ponto. Ou seja, no sentido figurado, a idéia de cooperação é atingir um só resultado. A convergência dos resultados experimentais obtidas por métodos

diferentes pode implicar também em resultados, mas é preciso que nossas ações se transformem. Neste sentido é um conjunto de transformações que tem por objetivo produzir um acordo, um resultado que seja satisfatório a ambos; assim, a cooperação é semelhante a uma característica de ação onde os elementos se transformam.

Vamos ilustrar então este exemplo quando uma promessa pode não ser cumprida. Um vendedor de um certo automóvel pede ao seu comprador que pague agora retirar o veículo no futuro, seja porque ele pretende adquirir um outro carro e não pode ficar a pé, seja porque ele quer dar uma última voltinha com seu veículo por razões afetivas. Este tipo de promessa envolve um risco real, onde o vendedor do carro pode não entregar o carro como prometido. O comprador pode ser recusar a pagar em dinheiro por não conhecer o vendedor, ou pode simplesmente não concordar com esta condição por ser uma promessa que pode não ser exigida no futuro. Supomos que esta transação de compra e venda de carros se dê no meio da Guerra do Iraque, e estou exatamente contratando com um Mulá corrupto local a entrega do meu único bem que é meu carro. Está evidente que por mais corajoso que eu seja, há uma evidente reticência em entregar o bem contra o pagamento no futuro.

Mesmo que seja um exemplo extremado, qualquer comprador cauteloso quer mais do que uma simples e mera obrigação moral de entregar a coisa no futuro (daí porque envolve risco). Mas, por outro lado, posso estar disposto a pagar por uma promessa que poderá ser exigida no futuro. Por exemplo, posso contratar neste caso, o auxílio das forças americanas que se comprometem a estourar o Mulá se este não pagar. Mas isto pode me custar algo, dinheiro ou outro favor. De todo modo, se o Mulá sabe que tenho força coercitiva para fazer valer nosso contrato, pode haver assim, maior cooperação entre nós.

E por isso que podemos afirmar que a possibilidade de cumprimento encoraja a troca e a cooperação. O papel da qualquer Tribunal é exatamente este: garantir o cumprimento da promessa original; tal instituição incentiva a redução do risco (supondo o Tribunal eficiente e justo).

Não por outra razão, Cooter afirma que um contrato que pode ser exigido é um jogo de solução não-cooperativa que se transforma em solução cooperativa. No nosso caso, se o Mulá quiser o meu carro, mas não entregá-lo, aceito correr o risco com o apoio do Exército americano; fechamos o negócio e estou (relativamente) seguro que as promessas serão mantidas.

O mesmo Cooter então dá a resposta à primeira pergunta de quais são as promessas que podem ser exigidas : a primeira razão da economia dos contrato é poder dar a chance de transformar ações das partes, seja porque há um desempenho previsível seja porque, se o investimento está ligado a uma combinação *ex-ante*, que garante o cumprimento contratual. Neste caso, ambas as nossas escolhas representam caminhos que podem maximizar o benefício dos contratantes. Lógico que há outros fatores em jogo e que me conduzem à ação de colaboração. Caso não estejam presentes tais requisitos básicos, há assim a possibilidade de não contratar, ou seja, a não celebração do negócio. Mas não contratar, pode em si, ser uma solução ineficiente. Ou seja, apenas a crença no contrato (e nas instituições) permite e possibilita que as pessoas transformem jogos com soluções ineficiente s em soluções eficientes. Numa outra (e mais simples) explanação: os contratos que podem ser exigidos promovem a cooperação e esta implica num **compromisso**.

O compromisso é o resultado de promessas que podem ser exigidas e que se transformam em **obrigações**. Que tipo de promessas pode se tornar obrigações ? São aquelas promessas que as partes desejam que sejam cumprida, e que estão dispostas a pagar (e incorrer em custos de transação) por isso. Somente o compromisso crível permite que o contrato seja eficiente.

Vamos voltar ao exemplo da compra e venda de um certo veículo usado. Suponha (de forma tão pouco realista quanto o meu exemplo do Mulá !) que queira a todo custo comprar uma Maserati amarela usada. Como não disponho de todos os recursos para tanto, preciso vender certos ativos (como meu apartamento) para obter dinheiro vivo (liquidez) para tanto. Por sua vez, o vendedor da Maserati deseja viajar o mundo com o dinheiro da venda de seu carro. Para que isso se concretize ele precisa gastar em certos preparativos, comprar malas, botas especiais para o Ártico, etc. Mas, ele é relutante em utilizar a sua própria poupança para tanto, já que sem a venda da Maserati não poderá nem pagar a passagem e estará com uma tralha inútil. Conseqüentemente, ele quer que a promessa possa ser exigida assim como quando for celebrada. Por sua vez, também não preciso vender meu apartamento se não for comprar o carro. Ou seja, também quero que a promessa do vendedor seja mantida. Desta forma, a possibilidade que ambas promessas sejam cumpridas se materializa na formalização de um contrato que permite que cada um de nós possa agir; seja em vender o meu apartamento, seja em comprar utensílios de viagem.

Veja-se que apesar de parecer trivial, quando se trata de relações humanas, nada é tão óbvio. No nosso outro exemplo inicial, da venda de um som onde o comprador acredita que está comprando um som de ultima geração, ocorrem entre comprador e vendedor promessas diferentes: Cooter bem lembra que cada um tinha em mente diferentes expectativas, mesmo tendo firmado a mesma promessa; mas não houve um acordo de entendimentos sobre o que exatamente seria um som a ser vendido. Isto é tão verdadeiro que no direito norte-americano há desde há muito, definições contratuais. Por exemplo, em qualquer preâmbulo, se definem termos que para muitos são óbvios, o claro intuito de tais definições é não restar qualquer dúvida sobre o tipo de promessa que se está se engajando. Por exemplo, num contrato de financiamento bancário estaria claramente definido o que é o financiamento, o que se entende por carteira hipotecária, como se definem os juros e assim por diante.

No terceiro exemplo que demos no início deste capítulo, da dieta do esparadrapo, a intenção clara é a de lesar, de enganar, de usar a boa fé da compradora, e aqui se trata de induzir a erro a compradora. É claro que ai o sistema jurídico não se oferece qualquer apoio ou está afastada qualquer noção de cooperação; mas mesmo assim, para que possa ser cumprida, o vendedor poderia induzir a erro a hora que a promessa fosse feita com a expressão "satisfação garantida ou o seu direito de volta", numa manifestação de proteção e respeito ao direito de arrependimento, que é claro não seria cumprido.

Aqui, é importante uma noção adicional sobre partes contratantes e que envolve um conceito que não é econômico, nem jurídico, mas moral. Não pode ser definido como tangível ou facilmente conquistável. É fruto e resultado de um longo, penoso esforço aliado a experiência necessária dos anos. Trata-se da confiança, ou em outras palavras, da credibilidade. A credibilidade, como comumente se afirma, é difícil de se ganhar, mas facílima de se perder.

Credibilidade pode ser definida como qualidade daquilo que se pode crer ou se toma como verdade, implicando julgamentos de confiança e segurança. Uma parte contratante que não goze de credibilidade faz com que os agentes econômicos sobreestimem preços em função do risco. Por exemplo, quanto menos crível for o histórico de um devedor, maior será a taxa de juros oferecida ao mercado para que seus títulos sejam detidos, sob o risco de não obter qualquer empréstimo.

Podemos agora passar a um segundo problema, que é o que fazer quando as promessas não forem efetivamente cumpridas ? No inglês, a expressão *remédio* é a resposta para a inadimplência contratual. Pode-se entender o sentido de remédio, de algo que cura, mas a melhor expressão em português é mesmo penalidade, ou a imposição de sanções pelo não cumprimento contratual.

Quais são os tipos de penalidades que podem existir para promessas não cumpridas ? Primeiro, não se pode considerar a penalidade como algo normal e previsível. Não é, e deve ser vista como uma punição, ou seja, um castigo mesmo. O conceito de penalidade advém de *pena,* da noção de que a sociedade impõe uma correção a fim de reprimir uma contravenção ou um crime. Mas, em *Law & Economics,* se considera não como uma sanção, mas como um tipo de preço a ser pago. Este preço é acertado, *ex-ante*, por aquele que prometeu, e é uma típica hipótese contratual. O preço a ser pago por não cumprir o seu contrato é fruto da cooperação e do compromisso e visa criar mecanismos de incentivo ao correto cumprimento do contrato. Como em qualquer mecanismo econômico de preço, quanto maior ele for, maior será o engajamento (ou ao menos deveria ser) para o compromisso de quem prometeu desempenhar aquela determinada promessa. Isto nos leva a um segundo objetivo da economia dos contratos, que é exatamente assegurar o compromisso ótimo. Ele é fundamental para garantir o desempenho como veremos adiante.

As partes celebram um contrato considerando sempre o seu auto-interesse; o ser humano é hedonista no sentido de que pretende maximizar o seu benefício e a sua satisfação. Num regime capitalista, o objetivo é o maior lucro possível, e se considerarmos que o agente econômico é racional (o que nem sempre é verdade), em determinados contratos, a garantia de que a promessa feita será mantida e cumprida só se pode dar por meio das penalidades contratuais. Neste sentido, as multas por ruptura contratual ou por inexecução (quando alguém deixa de fazer aquilo que deveria fazer) representam uma forma expressa de incentivo.

Para entender a resposta à segunda indagação (formulada por Cooter) de quias alternativas se uma das partes descumprir o contrato, precisamos analisar a responsabilidade pela inadimplência.

Responsabilidade pela inadimplência

Primeiro é necessário melhor definir inadimplência. Inadimplência é simplesmente deixar de cumprir uma obrigação; talvez em termos mais jurídicos, é aquele ato que falta a uma obrigação convencionada no prazo estipulado. Neste sentido, é necessário responsabilizar a parte contratante por sua falta.

Na visão tradicional, a responsabilidade é assumir os atos praticados e a possibilidade de ter que responder por dano, desde que o dano seja causado por ato culposo ou doloso. Na dicção do Novo Código Civil Brasileira, o conceito de responsabilidade vem inscrito no capítulo dos atos ilícitos. É o art. 186 que define o que se conhece por responsabilidade subjetiva: *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."* O artigo seguinte, complementa o conceito de responsabilidade com a introdução de um componente social: *"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."* Esta nova redação manteve os mesmos requisitos clássicos e necessários à obrigação de indenizar (fato lesivo, dano e nexo causal). Foi introduzida na lei a possibilidade de reparação do dano moral puro, o que não existia no Código Civil de 1916, em consonância com o que já estava consolidado pela doutrina e jurisprudência, com a substituição do termo "prejuízo" por "dano" trazendo um significado mais amplo a tal conceito.

No entanto, a versão que pretendemos expor é outra. Aqui, a responsabilidade é vista como uma forma pela qual posso incorrer em menores ou maiores custos de acordo com minhas escolhas. A diferença então é se exclui aspectos morais e se consideram apenas comportamentos oportunistas. A ruptura ou inadimplência contratual depende do tipo de penalidade (e do custo que isto implica) seja do promitente em desempenhar a sua promessa seja do prometido em fazer a sua parte. Claro que existem outros elementos em casos mais específicos (como por exemplo, manter a tradição ou a credibilidade do contratante), mas apenas num modelo simplificado, ilustrado por Cooter temos:

Custo do Promitente em cumprir o seu contrato ≥ responsabilidade contratual por inadimplência => ruptura

Custo do Promitente em cumprir o seu contrato ≤ responsabilidade contratual por inadimplência => cumprir o contrato

Do ponto de vista ideal, se voltarmos ao conceito de eficiência, quanto maior for o benefício de adimplir (ou de honrar o contrato), melhor será o cumprimento desta promessa. Em oposição, quanto menor for a penalidade, menos eficiente será o desempenho do referido contrato. Ou seja, a responsabilidade pela inadimplência funciona como um incentivo ao bom desempenho. Vamos supor que na mesma compra e venda de carro eu saia por aí, sem dinheiro, comprando Maseratis a prazo. Se não há nenhum tipo de penalidade, os únicos prejudicado serão os vendedores que acreditaram em mim. Representa portanto, o tipo de comportamento que não se quer e que não é ótimo. Por sua vez, se as multas forem elevadas, qualquer vendedor que não entregue o bem também terá um forte incentivo para cumprir o contrato. A fórmula proposta por Cooter resume bem estes fatos:

Custo do Promitente em cumprir o seu contrato ≥ custo do prometido em cumprir o contrato => incentivo à ruptura

Custo do Promitente em cumprir o seu contrato ≤ custo do prometido em cumprir o contrato => incentivo ao desempenho

Se nós compararmos estas duas fórmulas apontadas por Cooter, aquelas que promovem a eficiência a cumprir o contrato ou a rompê-lo, podemos concluir de que há certos incentivos eficientes para um ou outro resultado, quando a responsabilidade for igual aos benefícios que se possa obter da promessa. Podemos ainda descrever esta proposição de uma outra forma. O benefício de um (seja do

promitente ou do prometido) equivale à responsabilidade do outro desde que haja o que poderia se denominar de "internalização" dos custos desta responsabilidade, conseqüentemente o prometido terá incentivos eficientes a desempenhar o contrato desde que tais custos estejam devidamente cobertos.

O sistema jurídico criou uma figura de responsabilidade por inadimplência que vai além daquilo que está simplesmente contratado. Isto porque, diferente de compra e venda de veículos, algumas transações dizem respeito a atividades muito mais complexas e com riscos muitos maiores. Trata-se do conceito de lucro cessante, aquilo que se deixa de ganhar em função da inadimplência contratual. O lucro cessante tem uma característica diferente: é uma indenização que se dá ao que sofreu o prejuízo potencial (e não apenas o prejuízo real) do que poderia ser ganho, mas não foi.

Por exemplo, no art. 389 do Novo Código Civil, a previsão de lucro cessante é entendida como "perdas e danos". ("Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."). Já no art. 949 e 950, a previsão de lucro cessante é expressa: ("No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido" e "se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu."

Ora, o que se deseja conduzir aqui é para um segundo ponto: há um ponto ótimo no qual, às vezes, cumprir o contrato é mais eficiente do que rompe-lo, mas por outras vezes, é mais eficiente rompe-lo do que cumpri-lo. Isto porque, como afirma

Cooter, a promessa sempre precede a performance, eu primeiro me comprometo com um promessa e depois vou cumprir ou não aquilo que me comprometi. Evidente que o lapso temporal pode criar incertezas sobre o custo deste desempenho. Vamos supor que um professor carioca tenha se comprometido a ministrar uma palestra em Manaus por R$ 1.000. No entanto, e de forma repentina, surge uma necessidade de consultoria no Rio de Janeiro em que ele pode ganhar R$ 10.000. O custo de desempenhar a promessa original de dar a palestra em Manaus é extremamente elevado (R$ 9.000). Porque o custo é alto, pode-se optar em não cumprir o contrato. Nestas circunstâncias, o custo de executar o contrato conforme prometido excede os benefícios.

A última das perguntas da teoria econômica dos contratos era como garantir resiliência ótima ? Segundo o Dicionário Houaiss, resiliência, em física, é a propriedade que alguns corpos apresentam de retornar à forma original após terem sido submetidos a uma deformação elástica. Resiliente é o mateial, como o elástico, que pode ser impelido a voltar a ser o que era, a encolher-se, a diminuir. Igualmente, há um outro conceito que é o conceito de sinalagma, ou de um contrato sinalagmatico. Sinalagma é a mútua dependência de obrigações num contrato; são as relações de negócio que estabelecem por meio do pacto, contrato ou o sinal que impõe a obrigação recíproca às partes. Sinalagma genético é aquilo que foi avençado no momento de sua celebração.

Com estes conceitos em mente, resilência contratual é a mudança da posição de um dado promitente em virtude da promessa realizada. Por exemplo, se compro uma garrafa de vinho, a promessa de realizar uma festa de arromba me será mais cara, ou seja, quanto mais valioso for para mim a promessa, mais caro será o meu custo de inadimplência. A resiliência é assim uma aposta que o promitente ganhará mais em ver a promessa cumprida do que o inverso. Assim, um dos papéis fundamentais do contrato é garantir que a promessa seja cumprida, ou garantir a resiliência ótima, no sentido de que será um incentivo adicional ao cumprimento contratual. Numa

equaçã singela, podemos afirmar que o ganho esperado por uma resiliência adicional equivale ao valor da execução contratual multiplicado pela probabilidade da performance deste contrato.

É evidente que a resiliência em excesso – a noção de tudo não poder evoluir e as penalidades serem tão excessivas para desencorajar o descumprimento do contrato que se cria uma situação oposta. O contrato não é cumprido exatamente por não ser eficiente; lógico que a lei e as cortes podem limitar indenizações ou prejuízos, mas suponha-se a questão das indenizações morais: há um limite que é melhor simplesmente não contratar ou se contratar, simplesmente doar todo o meu patrimônio aos meus filhos e assim me tornar 'inexecutável'. Ou seja, o Judiciário deve compensar o réu exatamente no limite de seu prejuízo e responsabilizar o autor por sua ações e não ilimitadamente.

Neste ponto podemos unir a teoria econômica dos contratos aos contratos incompletos. Como exatamente preencher os contratos incompletos sem incidir nos problemas acima referidos ? A resposta direta é o Judiciário e o processo de julgamento que preenche tais lacunas.

Claramente, preencher uma lacuna no contrato envolve determinados custos de transação: se quero detalhar mais um contrato, exigir certos tipos de garantias adicionais, enfim, quanto mais preencher um contrato, mais caro (e oneroso o seu cumprimento) ele se tornará. Assim, devo medir o que preencho contratualmente com o tipo de risco que desejo assumir. E o tipo de risco que desejo assumir está intrinsicamente vinculado ao tipo de prejuízo que desejo (ou que posso) assumir.

Ora, se a possibilidade de deixar ou não uma lacuna contratual depende de risco e de custo, é claro que muitas vezes posso optar por preferir deixar esta lacuna contratual. Vamos supor que conheça o contratante por longos anos, é claro que o contrato, exatamente em função desta credibilidade, será mais amplo no sentido de

ser mais simples. Prefiro simplesmente deixar uma lacuna contratual, exatamente por saber que o Judiciário em caso de disputa, irá preenchê-la.

A primeira indagação é sobre fatos que podem mudar ao longo da execução do contrato e outros fatos não previsíveis no momento de sua celebração. A isto se conhece como teoria da imprevisão.

Uma breve nota sobre imprevisão, típico elemento que mostra que os contratos são incompletos. Caio Mário da Silva Pereira lista quatro elementos imprescindíveis à teoria da imprevisão, assim sumarizados abaixo:

a) A vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva;
b) Alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no momento da celebração;
c) Onerosidade excessiva para um dos contratantes em benefício exagerado para o outro;
d) A imprevisibilidade daquela modificação.[26]

Como identificar uma situação de imprevisão contratual então ? Segundo Enzo Roppo, o desequilíbrio entre prestação e contraprestação deve superar as oscilações normais de mercado dos valores trocados, ou seja, se tais oscilações imprevistas permanecerem dentro dos níveis normais, não há razão para modificá-las. Diz ele que "A lógica, em suma, é esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional econômico persistiria considerar, mas deixa a seu cargo os riscos tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento médio daquele mercado."[27]

[26] Caio MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de direito civil*, vol. 3, p. 145.
[27] Enzo ROPPO. *O contrato*. VERIFICAR CIDADE, EDITORA E ANO.p. 262.

Enzo Roppo assevera ainda que o ordenamento jurídico somente deve intervir para controlar o quadro externo das circunstâncias, dentro das quais aquelas opções e decisões, "quaisquer que sejam, forem assumidas ou devem ser executadas; ou seja, a correção formal das modalidades externas através das quais as trocas são decididas e realizadas".

André de Laubadère, por sua vez, acerca do equilíbrio na teoria da imprevisão para contratos administrativos pontifica que "em nosso critério, uma cláusula assim seria sem valor. A aplicação da teoria da imprevisão deve ser considerada como uma regra de ordem pública pela razão de que ela não constitui somente uma vantagem pecuniária para o contratante, senão primeiramente, um meio de assegurar, no interesse geral, a continuidade do funcionamento do serviço público." [28] Logo, podemos afirmar que se há enriquecimento – e portanto desequilíbrio – poderia se invocar a teoria da imprevisão.

De igual forma, nosso Código Civil (art. 156) celebra tanto o instituto do estado de perigo como o de lesão como sendo invocados formas de desequilíbrio contratual, concomitantemente e sempre com base na teoria da imprevisão.

O que isso tem a ver com eficiência ? Ora, na medida em que a eficiência requer mais resiliência (com o objetivo de cumprir o contrato), pode-se afirmar que se o ganho esperado do contrato exceder os prejuízos imaginados no momento inicial da contratação, há um ganho de eficiência. Uma vez vistos os conceitos principais da chamada economia do contrato, podemos passar agora à Teoria da Firma, outro importante meio de entender direitos contratuais.

Teoria da Firma

[28] Citado por Agustín GORDILLO. "Mayores costos, imprevsion, indexación". In: Rodolfo C. BARRA et al. *Contratos administrativos*, t. I, Buenos Aires: Astrea, 1982.

Para Coase, a firma *"is an economic institution which performs multiple functions by implementing different mechanisms which interact in complex, sometimes conflicting and still largely unexplored, ways."* [29] Um desses mecanismos é o sistema de preços. De acordo com Coase, para cada relação de troca, haverá, pelo mecanismo do preço acertado, a negociação de um contrato com a conseqüente transferência de direitos.[30] Assim, como Langlois e Foss demonstraram, a teoria da firma é nada mais do que uma simplificação dos movimentos de coordenação econômica: a firma é um *feixe de contratos* que tem como objetivo reduzir os custos de transação, através da coordenação qualitativa num mundo de incertezas.[31]

A firma, por sua vez, opera no mercado, para Coase, uma *estrutura* que existe para facilitar as negociações ou as trocas econômicas, que servem apenas para diminuir o custo de transação dos agentes econômicos racionais. É o mercado que possibilita que cada agente econômico consiga, cada um com sua forma específica, viabilizar tanto a satisfação de suas necessidades com os recursos escassos, como a maximização de seu bem-estar.[32]

Existem maneiras onde a lei, os direitos contratuais e de propriedade servem como regras para a minimização de tais custos de transação, e que estão relacionadas ao tipo específico da atividade em pauta. Na seara comercial, Posner identifica duas maneiras que isto pode ocorrer: "*The first is to reduce the complexity and hence the cost of transactions by supplying a set of normal terms that, in the absence of a law of contracts, the parties would have to negotiate explicitly. This function of the law is similar to that performed by a standard form or contract. The second function is to furnish prospective transacting parties with information concerning the many contingencies that may defeat an exchange sensibly.*"[33]

---

[29] Ronald COASE. op. cit. pág.
[30] Idem, ibedem.
[31] Langlois e Foss. Cit.
[32] Ronald COASE. op. cit. pág.
[33] Richard POSNER. op. cit. pág.

Se a redução da complexidade na teia contratual e o fornecimento de informações às partes, para facilitar as trocas reduzem, por meio do direito, os custos de transação, pode-se estabelecer, igualmente uma analogia com a regulação bancária, que neste caso, diferente de um objetivo protetivo, visto anteriormente, busca simplesmente suprir uma importante lacuna tanto de representação como de aproximação e operação, ao tentar reduzir os custos de transação entre os agentes econômicos e permitir a obtenção do máximo bem estar por cada indivíduo.

No trabalho de Coase, ele primeiro indaga porque as firmas existem. Afinal, poderia haver outro tipo de organização numa economia de trocas. Os indivíduos poderiam se reunir de forma diversa do que em pessoa ou estabelecimento comercial ou industrial onde se executam todos os negócios inerentes ao seu contrato social.

Nossa Lei pátria tem visão radicalmente distinta. Para o Novo Código Civil, no seu art. 966, considera-se empresário aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". O novo Código Civil adota a teoria da empresa e inspira-se no *Codice Civile* italiano, de 1942, que unificou a matéria civil, comercial e a trabalhista. A teoria da empresa valoriza a atividade econômica em sentido amplo e não apenas a mercancia ou os atos de comércio, mas ao mesmo tempo não segue a escola Coaseana da Teoria da Firma, da entidade empresarial que visa reduzir custos de transação, por meio dos contratos. Partindo do pressuposto que todo contrato deve ser oneroso, o nosso Direito segue o Código Comercial no modelo francês (*Code de Commerce*), de dicotomia do direito privado. Embora com atraso, o novo Código Civil alinha-se ao atual sistema de tratamento das relações entre particulares, no âmbito da atividade de fins econômicos, mas não contratuais. No entanto, não se trata de novidade no direito brasileiro. Antes dele, a teoria da empresa foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que trata os fornecedores como empresários, independentemente da natureza jurídica de suas atividades (imobiliária, industrial, de prestação de serviços, bancária, comercial, securitária etc), para o fim de proteger o

consumidor. Também a Lei 8.934/94 adotou a mesma teoria ao denominar de Registro de Empresas e Atividades Afins o antigo e restrito registro de comércio. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, é cada vez mais dispensável discernir a natureza civil ou empresarial do exercente de atividade econômica, para aplicar o direito em vigor no Brasil (Curso de Direito Comercial, vol.1, Saraiva, 6ª. edição de 2002). O art. 966 reflete, pois, a adoção dessa teoria ao chamar de empresário aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Note-se, ainda, que a matrícula/inscrição do empresário no Registro de Comércio não é essencial para a sua caracterização como no modelo do Código Comercial, mas é ato obrigatório para o exercício regular da atividade (art.967).

No parágrafo único do mesmo artigo, nossa Lei define o que não é empresário: "Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa". Esse dispositivo parece voltado ao profissional liberal, como o advogado, médico, psicólogo etc, que não será submetido ao regime geral da atividade econômica se o exercício da profissão não for elemento de empresa. E isso é uma equívoco, já que, todas profissões podem também se organizar no modelo de firma coaseano. A e*mpresa pode ser explorada por uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, o exercente da atividade econômica se chama empresário individual; no segundo, sociedade empresária. Como é a pessoa jurídica que explora a atividade empresarial, não é correto chamar de "empresário"o sócio da sociedade empresária. (do mesmo autor e obra, pág.64).* Concluo, pois, que o advogado, enquanto em seu escritório, assim como o médico em seu consultório, mesmo com empregados, não serão considerados empresários. Mas as sociedades de advogados e médicos, cada qual organizada para prestação de serviços específicos, poderão ser empresas, tendo por empresários os respectivos profissionais.

Segundo De Martini, os requisitos ou elementos qualificativos e distintivos do empresário (que o distinguem de uma firma) são os seguintes:

a) Exercício de uma atividade
b) Natureza econômica da atividade
c) Organização da ataividade
d) Profissionalidade do exercico de uma atividade
e) Finalidade da produção ou troca de bens ou serviços

Ascarelli já havia escrito que o termo "atividade econômica" refere-se a atividade criadora de riqueza, e portanto de bens que são assim compreendidos na sua definição, aí incluídos os serviços. Galgano acresenta, segundo Verçosa, que o conceito é bastante amplo, correspondente a toda espécie de produtores profissionais, desde que produzam bens ou serviços. Empresário ou empresa, portanto, são aqueles que, enquanto exercem atividade econômica, exercem-na de forma organizada. Esta organização é o que Coase se refere como contratos, ou seja, a forma organizada da empresa é por meio dos contratos, consoante a Teoria da Firma. Esta organização não se refere ao simples uso de bens econômicos. Segundo Verçosa, "não se trata de uma atividade passiva do titular, notando-se um aspecto profundamente dinâmico no papel do empresário. Por sua vez as atividades econômicas podem ser exercidas como meio ou como finalidade. No primeiro caso, o resultado positivo alcançado, que é o lucro, deverá reverter integralmente em benefício da própria atividade, não podendo ser distribuído aos seus titulares. É o caso das associações beneficentes, que exploram algum ramo de comércio, por exemplo, a fabricação de geléias naturais para venda cujo produto deverá ser utilizado na sua finalidade. A este respeito, o NCC em seu artigo 53, resolvendo antiga pendência doutrinária, estabeleceu que as associações serão constituídas pelas associações de pessoas que se organizem para fins não-econômicos. "

Teoria Contratual, Teoria da Firma e Eficiência Econômica

Até aqui definimos que a lei é útil para fazer valer qualquer contrato, mas isso depende também de instituições que contribuem decisivamente no desenho e na implantação do contrato, já que ele é por definição incompleto. Vimos, nesta rápida explanação da firma que ela é, em si, um feixe de contratos. Já tentamos definir o que são contrato acima, mas é importante quando se discute a natureza da firma entender que do ponto de vista econômico, como afirma Décio Zylberstzajn e Rachel Sztajn, são os contratos que permitem "que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas, através da redução nos custos associados a riscos futuros. Vistas como um conjunto de contratos as firmas representam arranjos institucionais que são desenhados de modo a coordenar (governar) tal conjunto de contratos envolvendo diferentes atores. Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes." E ainda: "um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção que permite o planejamento de longo prazo. A teoria prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes operarem."

A função dos contratos na teoria da firma são três, segundo Masten:

a) Prover a alocação eficiente do risco (teoria do agente)
b) Prover incentivos eficientes
c) Economizar em custos de transação (em especial ex-post).

A "teoria da agência" (*Theory of Agency*) foi mais bem descrita por Berle e Means em 1933.[34] Em síntese, o problema da agência se resume à existência de um *principal* e de um *agente* que, como entidades (pessoas físicas ou jurídicas) distintas, não

[34] BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. Nova York: Macmillan, 1933.

possuem os mesmos objetivos. [35] O *principal* deseja induzir o *agente* a agir com base no seu interesse particular, mas não possui informações completas nem sobre as diversas variáveis que afetam o negócio nem sobre a possibilidade real de dirigir o comportamento do *agente*.

Como conseqüência dessas duas observações concretas, enfrenta imensas dificuldades de monitoramento. Com as restrições existentes de informação, não há possibilidade de *previsibilidade* da ação do *agente*, impedindo o *principal* de dirigir com sucesso a conduta do *agente*.[36]

Existem quatro aspectos característicos da relação entre *principal* e *agente*, descritos com êxito por Richard Stone. Primeiro, sempre há algum valor econômico criado pelo *agente*, ou porque ele detém algum tipo de conhecimento técnico especial, ou porque possui mais informação, ou ainda porque conta com mais tempo, fatores que lhe permite realizar a tarefa a um menor custo que o *principal*. Segundo, os interesses do *principal* e os do *agente* são diferentes e distintos — cada um *visa maximizar seus próprios interesses e recompensas*, obtendo o maior retorno possível pelos seus atos. Terceiro, o *agente* pode tomar algumas medidas que desenvolvam seus interesses particulares à custa do *principal*. Finalmente, tem-se o quarto aspecto, segundo o qual é difícil (e dispendioso) monitorar ou verificar o comportamento do *agente*. Mesmo que o *principal* possa controlar, intermitentemente, o que o *agente* está fazendo, a avaliação do que deveria ter sido feito para atender aos anseios do *principal* é complexa. [37]

---

[35] Utilizou-se o vernáculo em português, mesmo que a tradução de *agent* para "agente" possa ter conotações distintas. No direito inglês, há uma quase-disciplina autônoma do Direito Comercial — Law of Agent —, já que extrapola os limites daquela matéria. Ver STONE, Richard. *Law of agency*. Londres: Cavendish Publishing, 1995.

[36] BAMBERG, Günter; SPREMANN, Klaus. (Org.). *Agency theory, information and incentives*. Berlim: Springer-Verlag, 1987. Para uma visão mais voltada à sociologia, ver BARNES, Barry. *Understanding agency:* social theory and responsible action. Londres: Sage, 2000.

[37] STONE, Richard. op. cit. p. 13.

O problema que aflige a relação entre *principal e agente* cuida de dotar um sistema de informações ao *principal*, mas também de prover o *agente* com esquemas de incentivos, de modo que, ainda que seus objetivos pessoais não coincidam, haja pelo menos o *mesmo interesse* na condução da suas atividades. No entanto, a resolução do problema envolve duas restrições básicas, quais sejam: primeiro, qualquer que seja o incentivo dado, como irá se comportar o *agente*? Se pensarmos que ele sempre agirá no seu próprio interesse, o incentivo se constituirá na mais importante prioridade, e assim se tornará suficientemente atrativo para induzir o *agente* a relacionar-se com o *principal*. Daí a dúvida: qual deve ser o grau de atratividade ideal para incentivar o *agente* sem aumentar os custos de transação na economia nem impor um padrão rígido de sancionamento? Uma das idéias, na tentativa de responder a essa questão, seria o estabelecimento de um contrato entre o *principal* e o *agente*.[38]

"A introdução de informação assimétrica e risco moral permite que se parta do pressuposto fundamental do comportamento maximizador beningo e se insira a possibilidade de existirem fenômenos não observáveis que afetam a decisão dos agentes, e portanto a performance dos contratos. A teoria do agente-principal assume que em um dado contrato típico, o estado da natureza e o esforço da parte contratada

O segundo aspecto, diz respeito aos incentivos e ao seu papel no desenho dos contratos.

É conhecida a experiência pavloviana do cão provocado por um sino e a observação de seu comportamento a partir desse estímulo. O Direito é prescritivo, uma vez que estabelece normas de conduta que devem ser seguidas por todos e se vale de

[38] Já se quis comparar a regulação a um contrato. BHATTACHARYA, S.; THAKOR, A. Contemporary banking theory. *Journal of Financial Intermediation*, New York, v. 3, n. 1, p. 212, 1993. "A contract determines the actions to be taken by each party agreeing to it, and, possibly, the measures to be imposed on other parties who fail to undertake the agreed-upon actions". Tradução do Autor: "Um contrato determina as ações a ser tomadas por cada parte que está de acordo com ele, e, possivelmente, as medidas a ser impostas àquelas partes que falharam em comprometer-se com as ações consensadas".

mecanismos de coação e sanção no seu descumprimento. O que estamos discutindo em *Law & Economics* pode resumir-se à seguinte indagação: se queremos eficiência e cumprimento dos contratos no sistema econômico, qual deve ser o padrão de incentivos ao correto cumprimento das normas ?

Ronald Dworkin contesta tal visão, alegando que o Direito é antes um meio *político* em que a comunidade atua e interage de forma a manter coesos todos os princípios sociais; que existe livre-arbítrio, igualdade material e igualdade formal na Lei, que garante, mais do que a maximização da riqueza, a existência da própria sociedade. Dworkin alega ainda que, muitas vezes, as decisões individuais não se harmonizam necessariamente com os objetivos sociais, e a estrutura legal deve existir para incentivar comportamentos baseados não apenas na racionalidade econômica, mas também em outros princípios não racionais, como a distribuição de renda e objetivos, ou a redução das desigualdades sociais.

O argumento dos incentivos ao comportamento, entretanto, continua muito forte. As partes podem ter incentivos diversos para litigar: algumas têm interesses a longo prazo, outras, a curto prazo. Há ainda menor ou maior interesse patrimonial no conflito e na sua solução. O argumento de Paul Rubin é que, se o sistema jurídico for eficiente, não haverá incentivo em desafiar as leis e os procedimentos que o definem. Se, por outro lado, as partes se beneficiarem das ineficiências — como acontece no Brasil —, tais leis ou normas serão contestadas a todo instante. Aqui, os incentivos são reforçados pelos precedentes, tendo em vista que, quando possível, no sistema jurídico racional, os juízes seguem decisões análogas tomadas em casos passados. No entanto, pode-se supor que as partes também têm percepções diversas sobre as decisões judiciais precedentes. Por exemplo, se uma empresa em atividade contínua está constantemente envolvida em questões de igual teor (por exemplo, os bancos e o direito do consumidor), há um incentivo implícito para que antecedentes jurisprudenciais sejam observados. Por oposição, o caso isolado de um indivíduo pode não ser pautado pelo precedente.

Por fim, o incentivo deve mesmo ser financeiro — monetário, de preferência. Schopenhauer definia *motivação* como a relação de um ato com outros que o justificam e explicam. Incentivos e desincentivos pecuniários continuam sendo a melhor orientação para o comportamento correto do cidadão.

Por fim, vamos cuidar da economia dos custos de transação. Vimos no capítulo anterior, o conceito de custos de transação. Se houvesse uma economia simples, sem qualquer custo de transação. Todos querem assim reduzir os seus custos de negociar, formalizar e realizar direitos. Há, primeiro, assimetria de informações como vimos, aqueles fenômenos que não foram ainda revelados, e que referem-se à ações não observáveis. Se a teoria do agente considera aspectos pós-contratuais, a redução dos custos de transação referem-se a fenômenos pré-contratuais. Evitar promessas que não possam ser cumpridas ou formalizar a entrega de bens ou direitos no futuro é claro meio de reduzir custos de transação.

"O desenho ou a escolha dos termos dos contratos será função das regras legais, da capacidade de coerção das cortes de justiça e do surgimento de mecanismos privados de salvaguardas para os agentes envolvidos com os contratos. Sendo as firmas vistas como arranjos alternativos dependerá de razões de eficiência sendo superiores aqueles que oferecerem incentivos e mecanismos de solução de disputas mais eficientes."

Cooter e Ullen assim alinham as duas teorias contratuais, a dos contratos e a da firma, como sendo (p./ 222) "garantindo o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para cooperação eficiente."

Apêndice : Teoria do Contrato – Visão Jurídica

Requisitos do contrato

A doutrina estabelece os requisitos para a validade do contrato, subdividindo-os em extrínsecos e intrínsecos. Aqueles se classificam como pressupostos e estes como elementos. Citando Carnelutti, o Prof. Vicente Ráo ensina que o jurista adota três termos: pressupostos, elementos e circunstâncias: "*Os pressupostos representam o que deve existir antes do ato na pessoa de quem age, ou na coisa sobre a qual se age, a fim de que o ato possa produzir efeitos jurídicos; os elementos significam aquilo que deve existir no ato, para este poder realizar a sua juridicidade; as circunstâncias dizem respeito ao que deve existir fora do ato, isto é, fora da pessoa e da coisa, para que efeitos jurídicos possam advir... Os pressupostos, dentro desse critério, se distinguem em três espécies: a capacidade, a legitimação e a idoneidade do objeto. Em três espécies também se distinguem os elementos: forma, intenção igual a vontade e causa igual a fim. Ainda em três espécies se distinguem as circunstâncias: lugar, tempo e condição."* [39]

Os *elementos* são considerados a base do sistema de classificação dos atos jurídicos, podendo ser conceituados como as partes que em seu todo formam ou constituem as coisas materiais, aplicando essa noção analogicamente à imateriais. Os *elementos* se distinguem em essenciais (genéricos e específicos), naturais e acidentais. Os *elementos* essenciais dos atos jurídicos são aqueles que os compõem, qualificam e distinguem dos demais atos e elementos, sem os quais aqueles atos não se formam ou se aperfeiçoam. Os *elementos* naturais são aqueles disciplinados pelo ordenamento jurídico para prevalecer no silêncio das partes (por exemplo, a garantia da evicção a cargo do vendedor), podendo ser modificados ou excluídos, como a lei o permitir. Os *acidentais* são os elementos cuja inclusão nos atos jurídicos suscetíveis de recebe-los só da vontade dos que dispõem ou contratam depende, como a condição, o

[39] RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 4ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1998, pp. 90/91 (explica que Carnelutti estuda minuciosamente os requisitos do ato jurídico em sua *Teoria Generale Del Diritto* (3ª ed., 1951, v. I, ns. 301 e ss., p. 235 e ss.) e à distinção adotada se reporta no n. 315, p. 306, de suas *Istituzioni Del Nuovo Processo Civile Italiano,* 4ª ed., 1951.)

termo, o modo, a clausula penal e mais cláusulas que, assim criadas, nos atos jurídicos se integram.[40]

Para fins do presente estudo, adotaremos a norma do art. 104 do Novo Código Civil, a qual apresenta os elementos essenciais e imprescindíveis do negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei, sem os quais (ou se algum dos quais) o ato jurídico não se constitui, não se compõe, podendo, assim, o contrato pode ser considerado nulo ou anulável.

Dos elementos essenciais do contrato

Agente capaz

Álvaro Villaça Azevedo comentando o artigo supra, explica a diferença entre capacidade e legitimidade. A incapacidade absoluta do agente torna nulo o ato de vontade, enquanto a incapacidade relativa torna anulável este ato. O *Codex* Civilista elenca as incapacidades absolutas e relativas nos artigos 3º e 4º, onde esses agentes são representados ou assistidos para atuar na vida civil. [41]

Enquanto por vezes o agente é capaz para um ato, pode não ser legítimo. O Código Civil contém inúmeros exemplos: o artigo 497, que trata da compra e venda de bens em hasta pública; o artigo 496 que impede a venda de bens de patrimônio sem concordância dos filhos; ainda, o artigo 544, quando considera adiantamento de legitima uma doação de ascendentes para descendentes ou de um cônjuge a outro; e, por fim, o artigo 548, o qual declara nula a doação de bens quando o doador não reserva para si parte desses bens ou rendimentos suficientes à sua própria subsistência.

---

[40] Idem, pp. 89/90

[41] *Código civil comentado,* vol. II, São Paulo, Atlas, 2003, p. 46.

Nesses casos, digamos que a lei não procurou restringir a capacidade de contratar, mas, resguardando certos princípios, inibir essa capacidade geral de atuação ante a um bem maior previsto e entendido como tal pelo legislador. Seria como se, capaz o agente, estivesse ilegitimado ao negocio, não autorizado pela lei a praticá-lo.[42]

Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

Na mesma obra, continua ensinando o mestre, que: "*Quanto à licitude e possibilidade do objeto, existe o grande tronco de impossibilidade, que as faz nascer. Isso porque, quando a impossibilidade é jurídica, o objeto é ilícito, pois contraria a lei, sendo nulo, por isso, de pleno direito, o negócio jurídico com esse objeto*". [43]

Caso o objeto não seja determinado ou determinável, a insegurança contratual é patente, pois não há como se cumprir um acordo quando não se aponta o seu objeto. Certamente uma das partes restaria prejudicada, o que não admite o Direito, tornando-se nulo o contrato estabelecido.

A forma

Reza o artigo 107 do Novo Código Civil que "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."

Assim, entende-se que o elemento "forma prescrita ou não defesa em lei" não é essencial à validade de *todos* os negócios jurídicos, senão daqueles que a lei expressamente o determinar.

Neste sentido, o artigo 108 do Código civilista, que exige a escritura pública registrada para validar a constituição, transferência, modificação ou renúncia de

[42] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado,* vol. II, São Paulo, Atlas, 2003, p. 47.
[43] Idem, p. 48.

direitos reais sobre imóveis; a exigência da escritura pública para a constituição das fundações e feitio de testamento no artigo 62 do mesmo diploma legal; e, por fim, o artigo 1.653, também do novo Código, que determina que o pacto antenupcial deverá ser formalizado por escritura pública, sob pena de nulidade; dentre outros.

Valores e princípios inerentes ao direito contratual

O vocábulo *princípio* tem para o direito uma significação própria. Há, portanto, um sentido jurídico que, na lição de De Plácido e Silva: "*quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica."* [44]

J. Franklin Alves Felipe elenca os princípios contratuais como sendo "princípios contratuais universalmente aceitos o da autonomia da vontade, com as limitações das leis de ordem pública e dos bons costumes e o da força vinculante dos contratos, o *pacta sunt servanda,* que só excepcionalmente pode ser quebrado." [45]

Princípio da autonomia da vontade

Maria Helena Diniz discorre sobre o conceito de princípio da autonomia da vontade como sendo o princípio: "*no qual se funda a liberdade contratual, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelas normas de ordem publica, pelos bons costumes e pela revisão judicial do contrato."* [46]

---

[44] De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico,* v. 3 e 4, p. 447.

[45] FELIPE, J. Franklin Alves. *Contratos Bancários em Juízo,* 2ª ed., Ed. Forense, RJ, 1999, p.5

[46] DINIZ, Maria Helena, op. Cit., p. 69 e 75.

A base da teoria dos vícios do consentimento, presente nos art. 138 a 165 do Código Civil de 2002, encontra-se no dogma da autonomia da vontade, de onde retiramos o postulado que só a vontade livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras, deverá ser considerada pelo direito.[47] E apesar de o consentimento não estar expresso no artigo 104 do Código Civil, a doutrina entende que o mesmo é *"elemento substancial à validez de todos os negócios jurídicos"*, nos dizeres de Álvaro V. Azevedo[48], ressaltando, outrossim, que viciado o negócio pelo consentimento, este mesmo negócio poderá ser anulado, nos termos dos artigos 145 e 171 novo Código Civil, ou se for o caso, impõe-se a sua nulidade ante os artigos 147 e 166 do mesmo *Codex*.

Citando Silvio Rodrigues, relata J. Franklin Alves Felipe [49]: *"Discorrendo sobre as restrições impostas ao princípio da autonomia da vontade ensina SILVIO RODRIGUES: 'Ora, o princípio da autonomia da vontade esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem publica. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico (Direito Civil, 17ª ed., Saraiva, vol. 3, p. 17).'*

E ao falar da ordem pública constante inerente aos contratos ensina que "*A intervenção estatal nos contratos é conhecida por dirigismo estatal. Exemplificando, o Código de Defesa do Consumidor proíbe, nas relações jurídicas a ele submetidas, a cláusula de não indenizar (art. 51, I). Logo, não podem as partes pactuar contra essa norma de ordem pública, estabelecendo, em relação de consumo, a inexistência do dever de indenizar em determinadas situações.*

[47] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p. 50.
[48] AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 49/50

[49] FELIPE, J. Franklin Alves, op. cit., p. 5

Tese esta reforçada pela Prof. Maria Helena Diniz, ao tratar com zelo do assunto: "*É preciso não olvidar que a liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo. Pelo Código Civil, art. 421, 'a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*" [50]

O comando do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é no sentido de que, sendo o contrato um ato jurídico perfeito, o mesmo não pode ser afetado por leis posteriores:

art. 5º ... XXXV - A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Registra CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, citado por J Franklin Alves Felipe: "*Mas, quando o principio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatório da Constituição a lei que venha a ferir direitos adquiridos, ainda que sob a inspiração da ordem pública.*" (*Instituições de Direito Civil,* 3ª ed, Forense, vol I, p. 110) [51]

J. Franklin explica que todo contrato tem seu início com a manifestação de vontade das partes, respeitadas as normas de intervenção estatal vigentes por ocasião do pacto. E ainda que as regras ajustadas tem força de lei e devem ser cumpridas tal como as partes se obrigaram (*pacta sunt servanda*), assegurando-se às partes o direito de revisão das condições pactuadas, como ocorre, por exemplo, em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis que torne as obrigações assumidas no contrato excessivamente onerosas para uma das partes (*rebus sic stantibus).*

Princípio do consensualismo

[50] DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 70.
[51] FELIPE, J. Franklin Alves, op. cit., p. 6.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, segundo esse princípio, basta o simples acordo de duas ou mais vontades para que gere o contrato válido "pois a maioria dos negócios jurídicos bilaterais é consensual, embora alguns, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades legais."[52]

Princípio da obrigatoriedade da convenção

Denomina-se o princípio através do qual as cláusulas contratuais deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), tendo-se como penalidade a execução patrimonial do inadimplente.[53]

Esta inadimplência confere à outra parte o direito de buscar a intervenção estatal para que se faça cumprir o contrato, que foi realizado com base em um acordo de vontades das partes contratantes, porém que no momento não poderá ser efetivado, por culpa de um (ou mais) contratantes.

Uma vez valendo a regra geral de que "o contrato faz lei entre as partes", desde que pactuado validamente e preenchidos os requisitos legais, o *pacta sunt servanda* não é absoluto se for caso de revisão contratual, quando se verifica que houve desequilíbrio conseqüente de fatos imprevisíveis, prejudicando um contratante em relação ao outro, justificando-se, assim, o estabelecimento do *statu quo ante* pela cláusula *rebus sic stantibus.*[54]

[52] DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 75.

[53] Idem, p. 73.

[54] Código Civil Brasileiro. "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá p devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação"; "Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato"; "Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executa-la, a fim de evitar onerosidade excessiva."

Orlando Gomes ensina que: "*Passou-se a aceitar, embora em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, admitindo-se, assim, que o principio da intangibilidade pode comportar exceções. Em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser quebrada pela autoridade do juiz.*" [55]

O Código de Defesa do Consumidor também prevê, em seu artigo 6º, V, a revisão contratual, quando se verifica onerosidade excessiva oriunda de fato superveniente, sendo desnecessário que tal fato seja extraordinário e imprevisível.[56]

Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Lembra Maria Helena Diniz, citando o art. 1.372 do Código Civil italiano, que "*o contrato tem força de lei entre as partes.*"[57]

Neste caso, a avença contratual vincula somente as partes na mesma envolvida, e não aproveita sequer prejudica a terceiros. Obviamente existem exceções, tais como:

a) herdeiros universais de um contratante, lembrando, porém, que a obrigação do *de cujus* estará limitada às forças da herança;
b) estipulação em favor de terceiro, estendendo seus efeitos a outros, sendo-lhes conferidos direitos e também obrigações.

Princípio da boa-fé

[55] GOMES, Orlando. *Contratos,* 1ª ed., p. 39, *apud* Izner Hanna Garcia. *Ilegalidades nos contratos bancários.* Rio de Janeiro. AIDE Editora, 2000, p.30

[56] DINIZ, Maria Helena Diniz, op. cit., p.74.

[57] idem, ibidem.

No Código Civil temos, no art. 422, que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé."

Pode-se argumentar, como se dirá em capítulo adiante que a contribuição do Código de Defesa do Consumidor à normatização brasileira é incomensurável. Lembremos que foi o primeiro diploma legal no Brasil a adotar a boa-fé como cláusula geral - até mesmo antes do Código Civil (10.406/02).

Maria Helena Diniz descreve esse princípio como intimamente ligado ao interesse social, uma vez que as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas.[58]

É certo dizer que nas relações de consumo, muitos dos deveres que no Direito dos Contratos têm sua fonte na boa-fé, encontram no CDC previsão legal específica, a remeter a fundamentação da sentença diretamente à lei. Podemos enumerar, a título de exemplo, os enunciados sobre a oferta (art. 30), sobre o dever de informação (arts. 9º, 12, 14, 31 e 52), sobre os deveres de lealdade e de probidade na publicidade (arts. 36 e 37).

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor *expressa* a boa-fé em dois artigos:

a) No art. 4º, ao dizer que a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo -, estabelece que tal política deverá atender, entre outros, ao princípio (inc. III) da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem

[58] Idem, ibidem.

econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

b) No art. 51, ao elencar as cláusulas abusivas, afirma serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade (inc. IV).

Exercício: leia o texto abaixo e responda às seguintes perguntas:

UMA NOVA TEORIA DE DIREITO CONTRATUAL

INTRODUÇÃO

Para que melhor se compreenda os contratos em espécie, regulados no novo Código Civil, como relações jurídicas obrigacionais, impende considerar, de imediato, acerca das cláusulas gerais dos contratos, acertadas pelos arts. 421 e 422, com emprego pertinente a todos eles. Tais disposições introdutórias articulam um direito contratual reestruturado ou reconstruído, pronto a servir ao princípio de socialidade, um dos pilares básicos do direito moderno.

Esse princípio celebra a primazia ou preponderância dos chamados valores plurais ou coletivos em face dos equivalentes axiológicos do plano individual, em prestígio e tutela do bem estar coletivo. Encontra-se ele na função social do contrato (art. 421), na proteção ao hipossuficiente da relação contratual (art. 423), na natureza social da posse, a ditar reduções de prazo para a usucapião (arts. 1.238 § único , 1.239, 1.240, 1.242 e 1.242 § único) ou a permitir a expropriação judicial (art. 1.228 § 4º), como em outras disposições.

Não é demais lembrar que essas regras vestibulares, pela aplicabilidade genérica de estipulação, empreendem e plasmam uma Nova Teoria Geral dos Contratos, suficientes a informar a relevância do trespasse do modelo clássico contratual, individualista e patrimonializante, para um modelo moderno de produção coletiva dos interesses contratados, a humanizar o direito contratual como fonte primária de interesse social.

Bem a propósito, a conciliar os valores individuais e coletivos do contrato, no implexo de uma correlação inarredável, situa Miguel Reale ser o contrato "um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida".

Por tal razão, prepondera o direito como função, segundo a análise funcional defendida por Norberto Bobbio. Impregnado, modernamente, pelos influxos axiológicos e sociológicos, e nutrido, ainda, pelas repercussões indeclináveis do econômico e do político, serve a sua funcionalidade a ditar uma nova concepção para a valorização do contrato, enquanto "fenômeno de relação de condutas de intersubjetividade" e destinado como exemplo de concretitude do próprio direito.

O contrato não é apenas um instrumento jurídico, de interesses puramente interpessoais ou de operação de proveitos. O seu conteúdo deve importar nos fins de justiça e de utilidade, em superação do egocentrismo individual onde permeiam a fragilização do débil e a dominação do mais forte.

Forte em tais lineamentos, o novel Código Civil – Lei nº 10.406, de 10.01.2002 – ao construir o negócio jurídico como categoria geral, gênero do qual o contrato é espécie, fornece uma série de normas próprias aos contratos, sob inspiração orientadora dos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade, que o determinaram preciso e contemporâneo, de forma a estabelecer um modelo social do contrato, assentado no primado da integração das relações jurídicas com uma sociedade livre, justa e solidária, segundo o ditame do art. 3º, I, da Constituição Federal.

Nessa diretriz, expressivas inovações apresentadas são paradigmas de uma teoria contratual concentrada na finalidade social atenta ao perfazimento de noções programáticas de justiça e de utilidade, com efetividade no adequado e correto equilíbrio das relações contratuais, em perspectiva da equivalência das prestações, de razoabilidade indiscutível, e, sobremodo, da estabilidade obrigacional no plano fático da realidade.

Os princípios gerais do contrato ganham dimensão axiológica mais dinâmica, em denso atendimento aos valores da solidariedade e da cooperação, a observar que o contrato destina-se a atender interesses sociais relevantes numa sociedade de consumo e de produção, massificada por interesses multifacetados e até antagônicos. O contrato deixa de ser apenas uma operação jurídica, com fins econômicos, nele obtendo profundidade a responsabilidade social dos contratantes, atuando com probidade, boa fé e em recepção de preceitos de ordem pública.

A autonomia volitiva, determinada pelo liberalismo econômico, como princípio da autonomia da vontade, é atenuada por tais diretrizes, porquanto está a exigir que a

liberdade de contratar seja exercida com paridade entre as partes no tocante ao próprio conteúdo do contrato, igualdade que se reclama substancial, em favor da correção do negócio.

A irrevogabilidade ou imutabilidade do "pacta sunt servanda", cujo axioma configura o princípio da obrigatoriedade dos contratos, em observância de que os pactos devem ser cumpridos (art. 427), com risco de perdas e danos pelo inadimplemento (art. 389), cede lugar a uma relatividade dogmática, a reprimir a falta de idêntica liberdade entre as partes contratantes, o proveito injustificado, a onerosidade excessiva, admitindo a correção dos rigores contratuais ante o desequilíbrio contratual.

O reconhecimento do valor social do contrato surge como dirigismo contratual, a introduzir no novo Código Civil institutos como o do estado de perigo (art. 156) da lesão (art. 157), e da cláusula "rebus sic stantibus", segundo a teoria da imprevisão (arts. 478-480) representativos do Estado Providência, em protecionismo social ao mais fraco nas relações contratuais.

A primeira novidade é a oferecida pelo art. 421 do Código, acentuando a diretriz da sociabilidade do direito, com o princípio da função social do contrato, ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os contratos de adesão. O reflexo social da norma, serve de escopo de garantia ao íntegro equilíbrio entre os interesses dos contratantes e os da comunidade, superando a dicotomia entre os interesses privados e coletivos.

Por seu turno, o art. 422 tutela a probidade e a boa fé objetiva, o primeiro como o conjunto de deveres éticos, exigidos nas relações jurídicas, em especial os de veracidade, integridade, honradez e lealdade, e o segundo, como corolário daquele, implicando essa cláusula geral de boa fé, função integradora e de controle do contrato, como regras de conduta segundo os padrões exigíveis de crença objetiva de comportamentos idealizados.

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

CAPÍTULO VI: DIREITOS DE PROPRIEDADE

Direitos de Propriedade

Primeiro, é fundamental revisitar o conceito de propriedade, já que propriedade e mercado (e trocas no mercado operacionalizadas por contratos) são conceitos próximos e interligados; muitos autores entendem ser requisito indispensável a existência de propriedade e mercado para que as trocas possam se realizar.[1] O conceito de propriedade, ao menos primitivamente, nasce da noção de uma característica que pertence a todos os seres de uma mesma espécie, mas que pode também pertencer a outras — a propriedade física dos elementos é um bom exemplo dessa definição.

No sentido jurídico, contudo, a propriedade é um direito. É um direito daquele que possui ou pode reivindicar uma coisa em virtude de lei ou, historicamente, ao menos em virtude de um direito natural. Segundo a lapidar definição do Code Civil francês, *"a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira absoluta, desde que não se faça delas uso proibido pelas leis ou regulamentos".*

Podemos também ver a propriedade como um conjunto de direitos, como uma estrutura que incentiva as relações humanas, ou ainda um feixe de direitos por intermédio dos quais se torna possível promover as regras da maximização das trocas no âmbito das satisfações humanas. Na definição de Gary Libecap, tais direitos de propriedades são "os institutos sociais que definem ou delimitam a escala de privilégios outorgados aos indivíduos para ativos específicos". [2]

No entanto, há uma outra acepção própria do que sejam "direitos de propriedade". Na literatura econômica, há duas conotações distintas: a de Alchian (1965) e Cheung (1969) que definem tais direitos como sendo simplesmente "a habilidade de dispor de um pedaço de propriedade". Uma segunda definição, mais antiga e conhecida é aquela que consideram direitos de propriedade aquilo que o Estado assinala como tal a uma pessoa física ou jurídica. [3] Quando alguém pode dispor de uma propriedade, como por exemplo, a venda de um imóvel, Barzel chama de direitos econômicos

---

[1] Vide de IRTI. Natalino. *L'ordine giuridico del mercato.* Biblioteca di Culturna Moderna, Laterza, 1998.

[2] Gary LIBECAP. 1995. *Contracting for property rights.* Cambridge University Press, pág. 15

[3] Yoram BARZEL. *Economic analysis of property rights.* Cambridge University Press. Pág. 3

de propriedade. Já a definição do Estado assinalando o que é direito de propriedade para um ou para outro, Barzel entende que tratam de direitos legais de propriedade. Um é o objetivo final – pode dispor economicamente de uma propriedade – enquanto os direitos legais são meios de se atingir a tais direitos econômicos. [4] Assim, Barzel define os direitos de propriedade de forma diferente do que vimos até aqui: para ele, são os direitos que dão "a habilidade individual de consumir os bens de um ativo (ou os serviços de um ativo) diretamente ou sendo consumido indiretamente, por via das trocas. Como conseqüência imediata desta definição, se um indíviduo tem poucos direitos (ou simplesmente não tem direitos) sobre bens comuns ou sobre bens roubados, por exemplo dizemos que ele não detém a propriedade. Bens que podem sofrer restrições econômicas (uma jazida inacessível de minério de ferro na Antártica) ou legais (por exemplo, um bem que não pode ser vendido em função de um gravame legal (ie. Hipoteca) ou ainda bens que não podem ser trocados, não tem direitos de propriedade a eles assinalados.

Para Sérgio Werlang é o interesse privado e egoístico que motiva a propriedade privada. Ele afirma que é suficiente este espírito individualístico para "garantir a existência da propriedade privada no mundo. Com efeito, se não houvesse a instituição da propriedade privada, indivíduos movidos por sua vontade própria brigariam continuamente pela posse de todos os bens. Isto porque livre de amarras que definem que determinado bem pertence a este ou aquele indivíduo, cada um quer mais para si."[5]

Com a introdução da propriedade privada fica claro o que pertence a quem. Delimita-se claramente um espaço no qual a liberdade de um não pode ser invadida por outro. E se uma pessoa apropriasse-se ilegalmente de algo que pertencesse a outrem, estaria cometendo uma transgressão. Portanto, seria passível de punição pela sociedade por este ato. Dessa forma, a disputa contínua pela posse tornar-se-ia muito custosa (poderia custar a liberdade daquele que age ilicitamente) e assim as disputas acabariam. O bem-estar da população, justificadamente, é muito maior então com a instituição da propriedade privada do que sem ela.

---

[4] Idem, ibedem.

[5] Sergio WERLANG. *A propriedade privada e o MST*. Valor Econômico. 14-Jul-2003. pág. A-7

Não se sabe ao certo como e quando nasceu o conceito de propriedade e como foram assinalados os primeiros direitos de propriedade do ponto de vista histórico. Há indícios de que com o invento da escrita, cerca de 3.100 a.c., já havia os primeiros registros de venda de terras privadas. No ínicio do período histórico da Suméria, sabe-se que, no reino de Uruk III (3.100 a.c – 2.900 a.c) alguns direitos de propriedade foram 'outorgados' por editos ou tábuas – e há prova conhecida e irrefutável da aplicação de sanções contra avanços na propriedade alheia, como nós a conhecemos, pelo famoso Código de Hamurabi (que reinou entre 1.792 a 1.750 a.c). [6]

No entanto, foi o Antigo Testamento que celebrou o que se conhece como a defesa do conceito de propriedade privada – ou seja, a proibição ao furto. É no Código da Aliança, que ficou mais tarde conhecido como "Os Dez Mandamentos", que se dá um cabedal de regras muito mais precisas e extensas do que o comando sintético 'não roubarás' que se conhece hoje em dia. Com efeito, no capítulo bíblico em que cuida de tal assunto, reveste-se de especial sentido. Denomina-se "Êxodo", e é o segundo livro de Pentateuco: é a tradução da palavra grega 'saída', e cuida exatamente disso, da saída do povo judeu do Egito. Trata-se, portanto e emblematicamente, de momento onde se celebra dois valores caros ao cristianismo ocidental: a libertação e a aliança com Deus. A libertação é dada pela força de Moisés, que com os judeus, cruzam o Mar Vermelho em destino ao Monte Sinai. Já a aliança é o resultado do pacto que se realiza com Deus. O pacto que é oferecido aos israelitas é o cumprimento da lei: a legislação moral, civil e religiosa, a qual se deve obediência. E um dos primeiros compromissos desse pacto é exatamente o direito de propriedade. O texto bíblico é uma longa cartilha sobre direitos de propriedade, como se disse, muito mais abrangente do que o célebre mandamento cristão hoje conhecido: "Se alguém furtar boi ou ovelha, e o degolar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e pela ovelha quatro ovelhas. Se o ladrão for achado roubando, e for ferido, e morrer, o que o feriu não será culpado do sangue. (...) Sobre todo o negócio fraudulento, sobre boi, sobre jumento, sobre gado miúdo, sobre roupa, sobre toda a

[6] Idem, ibedem.

coisa perdida, de que alguém disser que é sua, a causa de ambos será levada perante os juízes; aquele a quem condenarem os juízes pagará em dobro ao seu próximo. " [7]

Contudo, (mesmo que não seguindo uma cronologia definida) é no Direito Romano, que se dá o grande avanço na consagração do Direito da propriedade privada. O Direito Romano abre caminho definitivo da preocupação com a idéia de propriedade, de direitos individuais. Em todo o Direito Romano, é intensa a noção de propriedade e é ela quem permeia todos os outros institutos. A noção de direito de propriedade está intrinsecamente relacionada ao direito patrimonial. O Direito Patrimonial se confunde então com os direitos de propriedade como sendo o conjunto de todos os direitos de dispor de um ativo, direta ou indiretamente, direitos estes atribuídos a uma pessoa determinada e que podem ser avaliados economicamente. Assim, para os Romanos, patrimônio era o conjunto de bens corpóreos pertencentes ao *pater-familia***,** (a própria palavra patrimônio vem de pater), ou o chefe de família. Dividiam-se ainda, os outros direitos não-patrimoniais como aqueles atribuídos a uma pessoa e que não fossem possíveis de avaliação econômica, como por exemplo o direito à vida, a liberdade, à honra, ao nome, a locomoção. E a noção de propriedade é clara no Direito Romano: significa (*proprium*), ou seja, o que pertence a alguém, o que é próprio da pessoa. É o poder absoluto, exclusivo e perpétuo que alguém tem sobre uma coisa, podendo retirar dela as utilidades que se possa beneficiar.

Como pode se depreender, e obviamente, sem esgotar o assunto, o Direito Romano dava ao conceito de propriedade uma imensa importância. Evidente que, em função do conceito de propriedade, disputas podem surgir. Por exemplo, a quem pertence determinado pedaço de terra ? Como se pode provar que aquela terra foi ocupada por quem está lhe reclamando ou afiançar que aquele direito que se lhe assinalou, lhe pertence ? É fácil aquilatar que, até mesmo em função da natureza humana, é necessário algum tipo de sistema que possa dirimir dúvidas ou conflitos, que possa procedimentalizar tais rituais de solução e possam eles oferecer algum tipo de solução razoável para a sociedade.

---

[7] Êxodo 22

Nossa Constituição, em seus longos princípios, sejam dos direitos fundamentais, seja da ordem econômica, celebra o direito de propriedade e o bem estar como valores supremos do sistema democrático.[8] Tal declaração é comum em outros sistemas legais e não é fortuito que filósofos como Rudolf Stammler declararam que a ordem jurídica não seria mais que um meio para o fomento da produção, onde se resume o fim último de uma sociedade moderna, do ponto de vista econômico.[9]

Há de se afastar as distinções de certas restrições ao conceito da propriedade e um certo conceito social de suas acepções mais clássicas, já que é equivocado, senão ingênuo, interligar tais interpretações com a realidade dos institutos. Não há direito que não seja social e não há instituto jurídico que não esteja permeado por uma certa função social objetiva.

Por exemplo, certas restrições ao domínio de propriedade, ou ao seu uso nada contradizem o que se referiu até aqui: mesmo um legítimo proprietário, não pode vender suas terras a um conhecido terrorista. Apesar do direito de propriedade representar o mais amplo poder que se tem sobre algo (uma coisa, atualmente, móvel ou imóvel), desde os Romanos, entendiam-se justas e procedentes determinadas limitações ao direito de propriedade. Existiam dois tipos de limitações, ou seja, de restrições a esse amplo direito de dispor de seus bens, e basicamente referiam-se à restrições no interesse da vizinhança (por exemplo, o galho de árvores limítrofes de dois terrenos, águas pluviais, etc) ou ainda no interesse da coletividade (dos rios navegáveis; da largura das estradas; ou mesmo da desapropriação, quando o interesse era coletivo).

José Carlos Moreira Alves, já alertava para o fato de a inserção das cláusulas gerais nos contratos privados poderem promover a mudança da concepção filosófica do Direito (em relação ao novo Código civil) por meio de alterações formalmente diminutas, exemplificando com a concepção de propriedade, de tal maneira que, *"com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social"* .

---

[8] Art. 5, Inciso XXII e Art. 170, Inciso III da Carta de 1988.

[9] Rudolf STAMMLER. Economia y Derecho in: *La empresa ante el cambio.* XXVII. Coloquio, 1992. Buenos Aires, IDEA, 1992.

Por seu turno, a vocação social a que se referem alguns autores também é distinta e não poderia ameaçar o direito da propriedade. Por exemplo, a função social da propriedade, esculpida em nossa Constituição é de igual forma, uma restrição à propriedade, ao uso indevido dela. Pode-se afirmar que qualquer terra improdutiva afronte o conceito de função social da propriedade, já que a terra existe para ser explorada e produzir alimentos para a sociedade que dela depende.

Uma pequena digressão sobre a "socialidade da propriedade", moderna acepção de que a propriedade também cumpre função social e uma comparação com a função social dos contratos – que será objeto de discussão no próximo capítulo. Há, ao menos um critério objetivo: a terra, em sendo improdutiva não atende à sua função social, a gerar alimentos à coletividade. Isto é diametralmente distinto da função social dos contratos prevista no Novo Código Civil e que será vista no próximo capítulo, já que não há um cunho ou critério objetivo do que seja função social dos contratos. Contratos, como veremos adiante, por definição, são acordos de vontade que atendem a única função que é preencher e atender aos interesses individuais de quem os celebram. Mesmo que possa haver alguma interpretação mais genérica, confundindo-se função econômica dos contratos (prever e mitigar riscos) com um objetivo de maior eticidade (por exemplo, não obter vantagem onerosa) uma leitura mais atenta indica que a intenção social continua aberta e abstrata e serve apenas como uma norma programática de condutas.[10]

Voltemos à discussão de direitos de propriedade. Libecap, define, como vimos, corretamente, que direitos de propriedade são aquelas instituições sociais que definem ou delimitam o leque ou privilégio que são outorgados ou determinados individualmente para determinados ativos, como por exemplo, móveis ou imóveis, bens fungíveis ou infungíveis. Tais direitos tem uma função social abstrata e ampla, enquanto claros limites incidem sobre tais privilégios e que podem e devem nortear a sua aplicação.

[10] Para o conceito de norma programática vide Eros GRAU. *Planejamento econômico e regra jurídica.* São Paulo : Ed. RT, 1977.

Porque o assunto é importante ? Allan A Schmid aquilata o interesse pelo assunto: "nós estamos aqui interessados no que determina o desempenho sistêmico e institucional de um país; ou como nós podemos, de modo objetivo e sem nada presumir, analisar e compreender as variáveis que definem tal desempenho. As motivações subjacentes são duas: primeiro, permitir compreender melhor o que está acontecendo na economia e na política; segundo, poder compreender melhor e escolher caminhos, e promover com isso mudanças institucionais relevantes."[11] Vamos agora a uma definição importante que é o que são instituições. Segundo o economista Thorstein Veblen (1899) instituições são "hábitos de pensamentos geralmente aceitos e as práticas de tais pensamentos conseqüentes por um dado período."

As estruturas de governança são dependentes, não só dos custos de transação, mas também dos custos associados ao exercício dos direitos de propriedade. Ronald Coase em seu **The Nature of Firm** chamou atenção que a depender dos custos de transação, a estrutura de governança usada podia ser alternativamente a firma ou o mercado. Depende é claro, de quanto mais barato são os respectivos custos de transação e se, poderia haver, por exemplo, uma a transição do mercado para a firma, e do firma para os mercados, considerando esta zona intermediária, implicitamente, como uma forma temporária.

Oliver Williamson, ao estabelecer a diferença entre o ambiente institucional (macro) e os arranjos institucionais (micro), explicita: *"O ambiente institucional é baseado em regras políticas, sociais e legais fundamentais que estabelecem a base para a produção, a troca e a distribuição. Regras que administram eleições, direitos de propriedade e o direito de contrato são exemplos (...).O arranjo institucional é um arranjo entre unidades econômicas que administram o meio pelo qual tais unidades podem cooperar (...) ou podem fornecer um mecanismo que pode proporcionar uma mudança nas leis ou no direito de propriedade."* [12]

Direitos de propriedade referem-se tanto ao ambiente institucional como ao arranjo institucional, ambos necessários à compreensão das expectativas dos agentes econômicos. Podemos então, a

---

[11] Allan A SCHMID. *Property, powe and public choice. An inquiry into Law & Economics.* 2 ed. New York, Praeger, 1987.
[12] Idem, Ibidem, p. 23.

partir do excelente resumo Nicholas Mercuro e Steven Medema descrever tais características em seis temas básicos e recorrentes:

a) O comportamento econômico é fortemente influenciado pelo ambiente institucional, no qual a atividade econômica ocorre no mercado e por meio da trocas; simultaneamente, o comportamento econômico afeta a natureza do ambiente institucional.
b) A interação mútua entre instituições, desempenho econômico e o comportamento de atores sociais é sempre e em qualquer lugar um processo evolucionário; daí é necessário entender a história e a economia como um processo de adaptação ao ambiente institucional;
c) Na análise do processo evolucionário, ênfase deve ser dada ao papel com que desempenham tanto as condições impostas pela tecnologia como pelas instituições monetárias (Moeda, Banco Central e Sistema Financeiro Nacional) num capitalismo de mercado, mas mesclado com preocupações de inclusão social;
d) Ênfase está centrada no conflito da esfera econômica do sociedade em razão de distribuição da riqueza em oposição à pretensa harmonia da cooperação espontânea e inconsciente da liberdade pública dos agentes;
e) Existe uma clara e óbvia necessidade de canalizar os conflitos inerentes à distribuição e a diversificação da riqueza por meio das instituições, que devem estabelecer um sistema social de controle previsível e claro sobre a atividade econômica;
f) A disciplina das instituições requer mais do que simples análise econômica, deve antes tomar emprestado conceitos interdisciplinares tanto da psicologia, da sociologia, da antropologia, e é claro, do direito e da economia.

A teoria clássica entendia que a lei ou a estrutura legal como indutora de comportamento ou conduta numa dada economia de mercado acaba por definir desempenho econômico. Tal visão, no entanto é incompleta, já que ao mesmo tempo que induz certos comportamentos, é também induzida a outros. Ou seja, não a estrutura legal induz certos comportamentos quanto aos direitos de propriedade, mas ao mesmo tempo ela se forma e se define baseado na economia de mercado e não apenas por decisão do Estado ou de seus representantes.

Num esquema podemos entender o papel dos direitos de propriedade e das instituições no desempenho econômico (ou no desenvolvimento de uma dada sociedade) é definido numa relação mútua e circular:

Lei ou estrutura legal <=> comportamento ou conduta na economia de mercado
<=> desempenho econômico

Por fim, uma nota sobre a discussão corrente do direito de propriedade, se enquanto direito, afeta a segurança jurídica dos negócios. Como vimos, o comportamento determina e é determinado pela lei e pela estrutura jurídica, direitos de propriedade assinalados corretamente e principalmente, respeitados, são fundamentais para definir o desempenho econômico. Daí o conceito de segurança jurídica, ou seja, a ação de tornar definitivo uma decisão jurisdicional. A segurança e a justiça são valores jurídicos relacionados entre si e qualquer vinculação à instabilidade – ao estado, qualidade ou condição de uma relação ou um direito de propriedade não estar livre de perigos e de incertezas - não pode ser concebida como um conflito alternativo de segurança ou justiça.[13] Por exemplo, resolvo vender um imóvel meu (tipicamente alienando um direito de propriedade). Como o comprador não pode pagar à vista e como o mercado imobiliário está francamente vendedor, sou obrigado a parcelar esta venda. Mas, seja por não ser diligente, seja por precisar vender urgentemente meu imóvel, não avalio corretamente o crédito deste potencial comprador e resolvo outorgar-lhe a escritura definitiva do imóvel. Na primeira parcela, ele deixa de adimplir o seu contrato, alegando que por ser aquele seu único bem, bem imóvel protegido pela Lei 8.009, como sendo bem impenhorável, vejo os meus direitos creditórios (já que a propriedade já foi transferida) irem para o espaço. Se o Juiz que for apreciar o caso entender que o devedor tem razão em função de ter uma família que não pode dormir ao relento, e prejudicar os meus direitos de propriedade creditória, a segurança jurídica de uma transação à prazo foi duramente afetada. Muito provavelmente, nunca mais faça coisa parecida e passe a não confiar no sistema jurisdicional. E se todos passarem a fazer o mesmo, a conhecerem minha triste história, como resultado, a oferta de crédito imobiliário desaparecerá.

---

[13] Atílio Aníbal ALTERINI. *op.cit.* pág. 11

A propriedade privada de tais ativos envolvem uma grande variedade de direitos e restrições como já vimos, herdadas do Direito Romano, mas ainda, tais restrições constituem clara exceção; a propriedade continua sendo um privilégio que alguém detém contra um ativo.

Ronald Coase notabilizou-se então, pela explicação do surgimento ou eliminação da firma a partir dos custos de transação, dando uma contribuição decisiva a explicação das estruturas de govenança. No capítulo posterior, quando tratarmos de contratos, vamos falar um pouco mais sobre a teoria da firma. Por ora, é só bom mencionar que Harold Desemtz ao introduzir a explicação para o surgimento dos direitos de propriedade, a partir dos custos da sua implantação e exercício, contraposto aos benefícios associados ao exercício do direito contribuiu para concluir que, se os custos de transação para exercer aqueles determinados direitos for maior que os benefícios gerados, ou se benefícios da propriedade privada forem maiores que os custos associados ao seu exercício, o agente econômico saberá escolher.

Voltemos ao sistema de Direito. Frente à primazia do legislador, figura simbólica dos representantes do povo, a lei, num sistema que deveria ser orgânico, estabelece os princípios mais gerais para que se edifique todo um sistema de regras de condutas onde a estabilidade da lei deveria ser uma máxima. Cícero já afirmava que "somos todos escravos da lei para que possamos ser livres." No entanto, desde a época moderna, para garantir a propriedade, o Estado passa a ter uma parcela importante no domínio econômico. No entanto, a participação do Estado, além de garantir o direito a propriedade, passa a ser de intervir nele direta ou indiretamente. Como lembrou com acuidade Eros Grau, a atuação do Estado no e sobre o domínio econômico refere-se às técnicas de *intervenção por absorção ou participação*, parcialmente ou não, mas "*expressa atuação do Estado no processo — desempenhando ele, então, o papel de sujeito no processo*".[14] A própria transformação do Estado de um *"mero produtor de ordem, segurança e paz (isto é, de ordenação) e passando a atuar também como*

[14] GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 65.

conformador da ordem social e da ordem econômica", no dizer de Grau, acarreta a elaboração de normas que não disciplinam, somente fixam objetivos a ser alcançados.[15]

Mesmo assim – e a discussão transcende o objetivo deste capítulo – assinalar direitos de propriedade custa e mesmo que dependa do Estado num determinado momento, a sua proteção não depende necessariamente.

A venda de cerejas

A venda de cerejas ilustra o fenômeno da captura de riqueza. Problemas óbvios de informação se apresentam quando cerejas são trocadas. Clientes são obrigados a gastar recursos para determinar se cerejas de um aloja valem a pena ser compradas e quais cerejas em particular, devem ser compradas. Os donos das lojas que permitem a seus clientes colher e escolher as cerejas não são capazes de impedi-los a come-las, depois que decidiram comprar ou não, nem tampouco eles conseguem impedi-los do mau manuseio, seja por descuido seja porque os clientes não sabem mesmo como manusear cerejas. De fato, o processo de colher e selecionar ativos, por si só, permite captura na forma da escolha excessiva. O fato de que a mesma cereja pode ser inspecionada por múltiplos consumidores indica que alguns dos atributos estão no domínio público. O alto custo da informação resulta em custos de transação – custos que não subiriam se o proprietário e o consumidor das cerejas fossem a mesma pessoa. Se a informação sobre a qualidade das cerejas fosse sem custo, o proprietário original (o agricultor, por exemplo) não teria que abrir mão de nenhum direito, e não incorreria em prejuízos de manuseio, estrago e excesso de escolha. Na realidade, tais problemas de domínio público são inevitáveis, mas é possível se adotar certas estratégias para reduzir tais prejuízos. Por exemplo, transferir parte ou sub-grupos destes mesmos direitos de propriedade enquanto se retém o restante. O aluguel de determinados bem é um exemplo claro disso. Se todo bem fosse público, recursos seriam gastos para a sua captura.

Adaptado de Yoram BARZEL. *The property rights model.* Pág. 6 – Economic Analysis of Property Rights. Cambridge University Press.

O Teorema de Coase

Num artigo seminal, um economista inglês chamado Ronald Coase, (*The Problem of Social Cost*, The Journal of Law & Economics, The University of Chicago Press I, 1960 Out. 1960,) revolucionou o modo de pensar de *Law & Economics*. Coase, que mais tarde ganharia o Prêmio Nobel de

[15] Eros GRAU. *Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 141.

Economia (em 1991) vinha estudando os serviços públicos e uma das indagações que ele se fez foi: A deve ter o direito de prejudicar B e como refrear A desta ação ? Para Coase, isso estava errado, porque se está lidando com o que ele denominou de "problema de natureza recíproca". Para evitar o prejuízo de B, teria-se que infligir custo (ou atribuir responsabilidade) a A; para ele a real questão não é julgar (se houvesse uma Corte para tanto) se B deve reparar A, mas simplesmente, A poderia ser prejudicado (legalmente) por A, ou B seria permitido prejudicar A ? Stigler, outro economista professor da Faculdade de Chicago, e citado por Coase, dá o exemplo de uma fábrica que polui um rio onde há peixes. A verdadeira questão, segundo ele, não é penalizar a fábrica por dano ambiental, mas entender o que a fábrica produz que causa a poluição do rio e se este produto é mais valioso que os peixes (ou não). Ou seja, será que não seria mais eficiente para o sistema econômico que à fábrica fosse permitida esta poluição (mesmo matando os peixes do rio) já que ela gera empregos, impostos, enfim, já que é melhor e mais eficiente para a comunidade onde ela vive ?

Ronald H. Coase – Uma autobiografia

Meu pai, um homem metódico, registrou em seu diário que nasci às 15:25 do dia 29 de dezembro de 1910. O lugar foi numa casa, contendo dois apartamentos, nos quais meus pais ocupavam o inferior, num subúrbio em Londres, Willesden. Meu pai era um telégrafo nos Correios. Minha mãe era também empregada nos Correios mas havia parado de trabalhar quando casou. Ambos haviam deixado a escola aos 12 anos de idade, mas eram completamente alfabetizados. Todavia, não tinha interesse em academia, mas em esportes (..) Minha mãe me ensinou ser honesto e verdadeiro e apesar de que é impossível escapar a algum grau de auto-decepção, minhas empreitadas para seguir os seus preceitos tiverem, acredito eu, alguma força nos meus escritos. O herói de minha mãe era o Capitão Oates, que, retornando com Scott do Pólo Sul e descobrindo que sua saúde atrasava os outros, disse aos seus companheiros que estava saindo para dar uma caminhada, saiu numa nevasca e nunca mais se ouviu dele. Sempre senti que não deveria ser um estorvo aos outros, mas nisso nem sempre consegui (...) Uma das várias observações escritas por um professor na idade escolar afirmava: " (....) mais esperança, confiança e concentração são necessárias – não está adequado ao lado mais competitivo e agressivo da vida de negócios. Uma ambição mais ativa seria benéfica."Também foi notado que era muito cauteloso. Dificilmente poderia se esperar que este pequeno e tímido menino um dia seria laureado com o Prêmio Nobel. Como isso aonteceu foi o resultado de uma série de acidentes. Como um pequeno garato, sofria de uma fraqueza nas minhas pernas, que necessitava (ou pensavam que necessitava) de muletas de ferros (...) como resultado fui parar numa escola de deficientes administrada pelo Conselho Municipal. (...) Em Outubro de 1929 fui para a London School of Economics continuar meus estudos para o bacharelato em comérico. (...) Tive aí um extraordinário lance de sorte, outro fator acidental que afetaria tudo o que fiz subseqüentemente. Arnold Plant, que previamente havia sido catedrático na Universidade de Cape Town, África do Sul, assumiu como Professor de Comércio na London School of Economics em 1930 (...) o que ele fez foi me introduzir a "mão invisível de Adam Smith". Ele me fez entender como um sistema econômico competitivo poderia ser coordenado pelo sistema de preços. Mais ele não apenas influenciou as minhas idéias. Por encontra-lo, minha vida mudou. (...) Por influência de Plant, a Universidade me atribuiu com a Bolsa de Estudos Sir Ernest Cassel e apesar de não saber, estava no caminho de me tornar um economista. Passei o ano acadêmico de 1931-32 nos Estados Unidos estudando a estrutura das indústrias americanas, com o objetivo de descobrir porque eram

organizadas em diferentes formas. O que resultou de minhas pesquisas não foi uma teoria completa para responder a todas as questões iniciais que havia colocado, mas uma introdução a um novo conceito da análise econômica, nos custos de transação e na explicação do porque haviam firmas. Tudo isso foi atingido no verão de 1932, como resultado de uma palestra que ministrei em Dundee, em Outubro de 1932, e cujas idéias centrais seriam a base para o meu artigo "A natureza da firma"(The Nature of The firm") Publicado em 1937. O atraso na publicação deste artigo se deve ao fato de que estava relutante em publicar minhas idéias e também porque estava engajado em pesquisa e em ensinar. Fui professor da Escola de Economia e Comércio de Dundee de 1932 a 1934 e na Universidade de Liverpool de 1934 a 1935 e desde 1935 na London School of Economics. Lá me dedicava a um curso de economia de serviços públicos e com a II Guerra Mundial em 1940, entrei na Forestry Comission e depois na Central Statistical Office, do Ministério da Guerra. Voltei a London School of Economics em 1946 e à pesquisa em serviços píblicos, em especial nos Correios e em televisão. Passei nove meses nos Estadois Unidos em 1948, pela Bolsa Rockefeller estudando a indústria da televisão. Meu livo *British Broadcasting: a study in Monopoly* foi publicado em 1950. Em 1951 migrei para os Estados Unidos. Primeiro fui para a Universidade de Búfalo e depois para a Universidade da Virginia. (...) Escrevi um artigo publicao em 1959 em que discutia os procedimentos de outorga de concessão para emissoras de televisão em quye defendia que a concessão deveria ser determinada pelo sistema de preços e o maior lance deveria ser o vencedor. Isso levantava a a questão de quais seriam os diretos a ser assinalados ao vencedor e discutia o racional do sistema de direitos de propriedade. Parte do meu argumento foi considerada equivocado por inúmeros economistas da Universidade de Chicago e combinamos de nos encontrar numa noite na csa do Dirteor Aaron para discutir tais pontos. Apesar dos principais pontos já terem sido levantados no meu artigo *The Federal Communications Commission* escrevi um outro artigo, *The problems of Social Cost* em que expunha minhas idéias em maior profundiade e mais claramenre, sem referencia ao meu artigo anterior. Este artigo que foi publicado em 1961, diferente do meu outro artigo The Nature of the Firm foi um sucesso instantâneo. Foi e ainda continua sendo, muito debatido. (...) Se não fosse pelo fato daqueles economistas da Univerisdade de Chicago terem avcreditado que havia errado , é provável que The Problem of Social Cost talvez nunca tivesse sido escrito.
Em 1964 passei para Universidade de Chicago e me tornei Editor da Journal of law & Economics, cargo que ocupei até 1982. Incentiveu economistas e juristas a escreverem sobre o mopdo de como os mercados operam e como os governos desempenham o seu papel reglando ou empreendendo atividade sconomômicas. O jornal foi um fator maior na criação de uma nova aárea "law & economics". Minha vida tem sido interessante e como um todo, bem sucedida. Mas em quase todas as ocasiões o que eu fiz foi determinado por fatores qye não faziam parte da minha escolha. Tive a "grandeza arremessada em mim". Extraído de "Lês Prix Nobel" www.nobelprize.com, 1994.

Consideremos o seguinte exemplo clássico: uma fábrica que polui provoca fuligem na roupa lavada que está para secar na casa de cinco vizinhos próximos. Se não houver qualquer ação corretiva, cada vizinho incorrerá em prejuízos de R$ 75 por mês, num total de R$ 375. A fuligem pode ser eliminada por dois meios diferentes: filtros podem ser instalados nas fábricas ao custo de R$ 150, ou secadores de mão podem ser entregues a cada um dos vizinhos a R$ 50 cada um (e supondo que os secadores resolvam o problema da fuligem !) A solução eficiente claramente é instalar os filtros por R$ 150 invés de gastar R$ 250 com os secadores para os vizinhos. Qual é então o resultado eficiente ? Poluir e pagar R$ 375 em prejuízos, instalar os filtros por R$ 1.250 ou adquirir os 5 secadores por R$ 250 ? Vamos supor que a mesma questão seja vista por outro ponto de vista: o prisma dos cinco vizinhos ? Qual seria o resultado eficiente então? Ajuizar uma ação coletiva por R$ 375, comprar cinco secadores a R$ 250 ou comprar um filtro a R$ 150 ? A resposta

imediata, obviamente é a mesma, do ponto de vista de eficiência. Ou seja, o resultado é atingido mesmo sem que seja assinalado qualquer tipo de direito. A premissa, neste caso, é que os moradores negociem com o proprietário da fábrica e entre eles, assumindo custos zero de transação, os seja, sem qualquer custos de agremiação e custos do processo de negociação.

Se há custos zero de transação, o resultado eficiente será atingido independentemente da escolha da regra legal e independente de quem seja o proprietário. Veja-se que apesar da escolha da solução mais eficiente, há impactos na eqüidade e na distribuição de renda, ou seja, a escolha da definição legal acaba por redistribuir renda por meio da escolha da solução legal ao conflito.

Pode-se então assumir que a renda pode ser redistribuída por força da escolha do uso da regra legal ou dependente de quem é o proprietário; voltamos assim no debate da regra como distribuidora de renda *versus* a regra como promotora de eqüidade; no entanto, isto nada tem a ver com eficiência do sistema, já que o próprio conceito de eqüidade como definimos não implica em um sistema necessariamente eficiente.

Por fim, a observação relevante de Coase é que tal teorema se dá num mundo em que inexistem custos de transação. Por ser um conceito fundamental e imprescindível, passaremos a análise dos custos de transação (Box) para que para todos fique claro que é um modelo útil de análise e compreensão da realidade, mas não a realidade em si.

O que são Custos de Transação ?

Custos de transação são um conceito fundamental em *Law & Economics*. Mesmo que inexista uma terminologia comum que estime ou mensure custos de transação de maneira mais precisa, e por se tratar de um conceito fluído, há muitas e diferentes acepções ao termo. O que vamos ver aqui é a noção mais corrente.

O pioneiro da análise mais geral do conceito foi Kenneth Arrow. Ele definiu custos de transação como sendo *"the costs of running the economic system."* [16] Já Yoram Barzel definiu como *"the costs associated with the transfer, capture, and protection of rights."* [17] Para o economista Thrainn Eggertsson, *"(…) in general terms, transaction costs are the costs that arise when individuals exchange ownership rights to economic assets and enforce their exclusive rights"* não sem antes advertir que "*a clear-cut definition of transaction costs does not exist, but neither are the costs of production in the neoclassical model well defined."* [18]

Eirik Furubotn e Rudolf Richter examinam custos de transação nos seguintes termos: *"transaction costs include the costs of resources utilized for the creation, maintenance, use, change, and so on of institutions and organizations (…) When considered in relation to existing property and contract rights, transaction costs consist of the costs of defining and measuring resources or claims, plus the costs of utilizing and enforcing the rights specified. Applied to the transfer of existing property rights and the establishment or transfer of contract rights between individuals (or legal entities), transaction costs include the costs of information, negotiation, and enforcement."* [19]

Douglass North melhor definiu custos de transação como sendo os custos de se mensurar aquilo que é trocado por meio da execução dos contratos. [20] Se os agentes econômicos são racionais, se seus recursos são escassos e se o objetivo individual de cada um é a maximização de tais recursos para cada um obter o maior bem estar possível – essas três variáveis chaves definem a porque razão sempre se pretende o menor custo de transação na execução dos contratos.

Pode-se inferir que existem três partes componentes do custo de transação: informação, negociação e execução contratual. Todos esses componentes, quando relacionada à troca de direitos contratuais ou de propriedade entre indivíduos, significam custos.

Três marcos na história melhor definiram esta redução nos custos de transação: a criação das instituições que possibilitaram as trocas impessoais; a premissa de que o Estado deve garantir os direitos de propriedade e da

---

[16] K. J. ARROW. 1969. "The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation." In *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System,* Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st session, vol. 1. Government Printing Office: Washington, D.C.

[17] Yoram BARZEL. 1997. *Economic Analysis of Property Rights*. Second Edition. Cambridge University Press: Cambridge.

[18] Thrainn EGGERTSSON. 1990. *Economic Behavior and Institutions.* Cambridge University Press: Cambridge. Ele continua: "When information is costly, various activities related to the exchange of property rights between individuals give rise to transaction costs. These activities include: a) The search for information about the distribution of price and quality of commodities and labor inputs, and the search for potential buyers and sellers and for relevant information about their behavior and circumstances b) The bargaining that is needed to find the true position of buyers and sellers when prices are endogenous c) The making of contracts d) The monitoring of contractual partners to see whether they abide by the forms of contract e) The enforcement of a contract and the collection of damages when partners fail to observe their contractual obligations f) The protection of property rights against third-party encroachment – for example, protection against pirates or even against the government in the case of illegitimate trade."

[19] Eirik G FURUBOTN e Rudolf RICHTER. *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*. The University of Michigan Press: Ann Arbor, 1997.

[20] Douglass NORTH. op. cit. pág. 149

aplicação da lei; e finalmente, os benefícios auferidos com a moderna revolução científica. Foi Ronald Coase, quem primeiro chamou atenção para a determinação dos custos envolvidos na interação humana. Ele se preocupou com a razão da existência da firma e suas condições onde ocorriam as alocações econômicas. De um modo geral, concluiu que foram as instituições econômicas que permitiram o crescimento e o desenvolvimento dos mercados e ainda a introdução de novas tecnologias. Somente as instituições políticas poderam assegurar, todavia, a garantia dos direitos de propriedade e da própria aplicação contratual. [21]

Tais atividades incluem, ainda segundo Furubotn, cinco elementos, que são elencados a seguir. Primeiro, a atividade da busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento destes agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade da negociação que será necessária para se determinar as verdadeiras intenções e limites de compradores e vendedores na hipótese da determinação dos preços serem endógenos. Terceiro, a realização e formalização dos contratos, atividade fundamental do ponto de vista de direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de se verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais.[22]

Pode-se também classificar os custos de transação por algumas diferentes categorias. Por exemplo, os custos relacionados ao uso do mercado (*market transaction costs*), os custos relacionados ao exercício de direitos e controle numa sociedade (*managerial transaction costs*), bem como uma gama de custos relacionados à adaptação dos agentes econômicos às políticas institucionais, também conhecido como custos políticos de transação (*political transaction costs*).[23]

Ora, se o Teorema de Coase implica em custos de transação zero, é claro que nem sempre isso pode acontecer na realidade. Mas o que é importante no Teorema de Coase é exatamente entender que existe um princípio de eficiência por detrás de qualquer regra dada. Vamos ilustrar isso exatamente com o exemplo que Coase nos deu. Coase, no seu primeiro artigo observara que, se uma caverna pertence ao homem que a descobriu ou ao homem dono do local para se entrar na caverna (onde ela de fato está localizada) ou àquele que detém a superfície debaixo da caverna, enfim, tudo se refere, sem duvida, ao direito da propriedade, e que vamos discutir mais adiante. Mas a lei apenas determina quem é a pessoa para que se possa fazer um contrato de uso da caverna. Se a caverna é usada para armazenar relatórios bancários ou reserva de gás ou ainda cogumelos, depende não da lei de propriedade, mas se o banco, a empresa de gás ou o produtor de

[21] Idem, ibedem.

[22] Idem, ibedem. pág. 40.

[23] Douglass NORTH. op. cit. pág. 152. reconhece que a nomenclatura não é adequada já que pode gerar certa confusão. A idéia de *political transaction costs* advém de *policies,* políticas.

cogumelos está disposto a pagar o máximo possível em dinheiro como aluguel para utilizar aquele 'bem' (a caverna).

Enquanto a determinação de um direito é essencial as transações de mercado, o resultado último (que maximiza o valor da produção) independe da decisão legal, desde que não existam custos de transação.

Com essa definição dos custos de transação podemos então definir uma versão mais simples do Teorema de Coase: quando direitos são definidos de modo ideal e o custo de transação é igual a zero, a alocação de recursos é eficiente e independe a quem se lhe assinala o direito de propriedade.

Assinalar direitos de propriedade tem pouco a ver com a posse de tais direitos. Apesar da teoria de Coase ter implicações para uma grande variedade de áreas do direito substantivo, ele pode ser explicado e compreendido de um contexto de competição pelo uso de recursos. Este é o caso que empresta a análise ao Hotel Fointainbleau, em Miami, versus Forty-Five, twenty Five, Inc. (proprietária do Hotel Éden Roc), Florida, Court of Appeals, 1959. A disputa referia-se ao direito do Fointainbleau, na praia de Miami, de construir um anexo de 14 andares; o problema é que a sombra iria cobrir a piscina e as áreas de sol de um hotel vizinho, o Éden Rock. Este ajuíza uma ação visando impedir a construção e pede perdas e danos já que ficará sem hóspedes: a sombra seria uma externalidade negativa, um custo imposto pela construção do Fointainbleau que o Éden Rock deve ser obrigado suportar sem qualquer benefício (alías, só teria prejuízos). A Corte decidiu que o Fointainbleau não seria obrigado a indenizar o Eden Rock com base na noção de que o direito de construção não pode ser prescindido apenas pelos prejuízos do Éden Rock, mas também pelo que o Anexo irá gerar.

Todavia, na maior parte das situações de conflito, a premissa de custos zero de transação é irreal. Por exemplo, as partes teriam que despender tempo e dinheiro no mínimo para negociar uma solução, concordar com os termos desta solução e eventualmente formalizar algum tipo de

documento. Ou seja, em qualquer situação real, há o que se conhece como custos de transação positivos. Vamos voltar ao nosso exemplo da fábrica poluidora para melhor explicar este conceito.

Vamos supor que, para cada morador, o custo de contratar um advogado e se reunir com ele, (estimando, por exemplo, o custo por hora de cada um dos envolvidos) seja de R$ 60. A fábrica continua com suas três opções: filtros, comprar secadores ou indenizar. Vimos que a solução eficiente é comprar filtros por R$ 150. Porém, se cada morador, contudo, tem o direito de decidir se desejam receber secadores por R$ 50, suportar os prejuízos de R$ 75 ou se juntar aos outros numa ação coletiva para obrigar a fábrica a comprar filtros a R$ 150, cada um irá incorrer num custo de transação de R$ 60. Se for uma decisão racional e ninguém desejar vingança moral, a decisão de receber um secador por R$ 50 é claramente ineficiente, mas certamente a mais fácil de se obter. Assim podemos concluir que, com custos de transação positivo o direito da fábrica de poluir é eficiente, mas o direito de cada morador de ter ar puro não é. Suponha-se que ainda os moradores não tenham que se reunir para decidir o que fazer, não precisem contratar um advogado nem tampouco incidam em qualquer outro custo. A decisão da fábrica – indenizar, comprar o secador ou os filtros não sofre qualquer tipo de mudança; no entanto, se o conflito é gerado e a fábrica se recusa a qualquer uma destas soluções eficientes e os moradores são obrigados a se reunirem e ajuizarem uma ação coletiva, a eficiência se altera:

Esta é uma versão mais complicada do Teorema de Coase. Se existem custos de transação positivos, o resultado eficiente pode não ocorrer sob qualquer regra legal. Nestas circunstâncias, a regra legal a ser utilizada é a regra que minimiza os efeitos dos custos de transação. Estes efeitos incluem incorrer em custos de transação assim como em escolhas ineficientes induzidas por um desejo de evitar-se custos de transação. Vamos explicar isso melhor.

Mesmo neste caso, as conseqüências de redistribuição de renda podem ser ainda mais complicada. Não é verdade que, como quando não incidem custos de transação a escolha da regra redistribui renda pelo montante do menor custo; o direito de poluir custa R$ 250 (% secadores) enquanto o direito ao ar livre custa um filtro, R$ 150.

O que o Teorema de Coase diz ou induz é ao modo de entender e enxergar problemas legais ou seja, se uma regra legal é dada, para ser eficiente deve ser considerada em termos de eficiência econômica antes de qualquer outra coisa. No entanto, se direitos fossem assalinados de modo ótimo o mundo seria outro. Na verdade, assinalar direitos de propriedade custa (e em geral custa muito caro). Por exemplo, o metro quadrado na Av. Vieira Souto, no Rio de Janeiro pode valer até R$ 15 ou R$ 17 mil, o equivalente a mesma faixa de preço de terra de lugares como Nova York (Central Park) ou mesmo Paris (Champs-Elysée). Quando se compra um imóvel se está na verdade assinalando um certo direito de propriedade de um bem à alguém. Ora, como é a análise coaseana onde os custos de transação são positivos, onde delimitar e fazer tais direitos valerem custa igualmente muito ?

A primeira noção refere-se a capacidade de um bem gerar renda. Tomemos o caso do apartamento na Av. Vieira Souto. Ele pode ser alugado ou posso ainda (se a Convenção de Condomínio permitir) usar o referido espaço para festas de reveillon. Ou seja, a habilidade de um determinadoi ativo gerar renda, ou fluxo de renda é uma parte importante do direito de propriedade. No entanto, como lembra Barzel, na medida em que um determinado ativo pode sofrer ações ou atos de não-proprietários que influenciem esta geração de renda (sem arcar com o custo de tais ações), o direito de propriedade diminui. Por exemplo, se este apartamento pode ser invadido a qualquer momento por favelados e a Polícia nada fará, o valor do metro quadrado certamente cai.

Quando o fluxo é conhecido e constante, mensurar o direito de propriedade é muito mais fácil e preciso. Se tal fluxo for variável, mas totalmente previsível também é possível se mensurar tais direitos. O problema se dá quando o fluxo é incerto e imprevisível. Por exemplo, um pedaço de terra sem qualquer registro. Os interessados naquela terra vão despender energia e recursos para obter maior vantagem, para obter o título legal e garantir assim a renda que aquela terra promete com o cultivo, etc. Da mesma forma, ninguém se dispõem a investir em, digamos, aparelhos de irrigação ou melhorias do solo se souber que não há qualquer direito de propriedade ali assinalado. Portanto, podemos afirmar que quanto maior for a inclinação de um terceiro afetar o fluxo de

renda de um dado ativo, maior a participação residual que um dado proprietário em assumir em defender o seu direito de propriedade.[24]

[24] Barzel. Pág. 9

Teorema de Coase e Contestação na Esfera Econômica: Uma aplicação

Prof. Alan Lemos

"Uma das áreas de significativa interseção entre Direito e Economia é a do meio ambiente. Muitos são os problemas ambientais atualmente existentes, sobretudo em países menos desenvolvidos. Examinemos a importância de considerar regulamentação e eficiência econômica através do seguinte problema ambiental, extraído de [Lemos (1999, pp. 65-67)].

Exemplo 1. Suponha que produtores de arroz no lavrado de Roraima, objetivando extrair a máxima produção possível de suas propriedades, o que é socialmente desejável, apliquem uma grande quantidade de agrotóxicos para exterminar uma praga de gafanhotos que, segundo especialistas, dizimaria parte significativa de sua produção. Suponha ainda que esses gafanhotos sejam o alimento básicos de algumas espécies de pássaros que habitam a região. Imagine que nas imediações dessas propriedades exista uma comunidade indígena, a qual tenha como principal fonte de proteína animal na sua dieta exatamente os pássaros que se alimentam dos referidos gafanhotos. É provável que alguns pássaros sejam mortos ao se alimentar de gafanhotos envenenados. Evidentemente, se boa parte dos pássaros for eliminada com o veneno dos rizicultores, então haverá menos pássaros para serem caçados pelos índios. Portanto, nesse caso, a ação dos produtores de arroz provoca uma externalidade negativa para os silvícolas da região.

Assuma que o prejuízo ou perda nos lucros dos orizicultores totalizaria R$ 100 mil, se o veneno não for aplicado para eliminar os gafanhotos. Assuma também que os pássaros mortos pela ação do veneno implique numa perda de utilidade avaliada em R$ 50 mil pelos índios da região. Assuma a existência de baixos custos de transação, o que facilita a existência de acordos. Finalmente, suponha que o governo estadual consiga aprovar uma legislação proibindo os rizicultores de aplicar veneno em suas lavouras, a fim de evitar os impactos ambientais indesejáveis. *Esperamos que a nova legislação seja cumprida*? *De que maneira poderíamos ter uma solução eficiente para o conflito*?

A maneira tradicional de atuação judicial nesses casos consiste em estabelecer os direitos das partes envolvidas e equilibrar esses direitos de modo a fazer justiça. A abordagem da Teoria Econômica do Direito é bastante diferente: situações como essa sugerem a aplicação do famoso **Teorema de Coase**, pois os custos de transação são baixos, os agentes envolvidos conhecem a situação, inclusive as funções de lucro dos produtores e de utilidade dos índios; adicionalmente, postulamos que os agentes são maximizadores, isto é, os produtores maximizam os lucros e os índios buscam maximizar seu nível de satisfação. E, acima de tudo, o caso parece indicar a possibilidade de uma troca mutuamente benéfica. [Coase (1960)]

Sem embargo, se os produtores de arroz indenizarem os índios em qualquer valor superior a R$ 50 mil, haverá grande possibilidade de existir um acordo. O pagamento de qualquer valor entre 50 e 100 mil também será benéfico para os produtores, dado que R$ 100 mil será o valor da perda de lucros que eles irão incorrer se não aplicar o agrotóxico. Portanto, uma solução que implique numa indenização superior a 50 e inferior a 100 mil reais será considerada razoável tanto para produtores quanto para os índios. Essa solução eficiente (de acordo com o critério de Kaldor[25]) provavelmente ocorreria através da barganha, independentemente de restrições institucionais ou do sistema legal vigente, de tal modo que a distribuição dos direitos de propriedade não afetaria a solução negociada no mercado.

Teorema de Coase.[26] Quando os custos de transação são zero, a distribuição dos recursos independe da distribuição dos direitos de propriedade. De outra maneira, quando os custos de transação tendem à zero, uma

[25] O critério sugerido por Kaldor difere de Pareto por admitir a possibilidade de que numa mudança social eficiente um indivíduo tenha sua posição melhorada às custas de outro indivíduo, desde que o "perdedor" seja recompensado, de modo a manter seu nível inicial de satisfação.

[26] Para que o teorema seja válido assumimos explicitamente apenas a inexistência de custos de transação. Contudo, necessitaríamos de algumas suposições adicionais. Vide [Stephen (1993)].

alocação econômica eficiente será alcançada, independentemente do que diz os direitos de propriedade ou da regulamentação vigente. A eficiência será alcançada através de barganhas ou acordos, que beneficiarão mutuamente os agentes envolvidos. Portanto, sob as condições do teorema, o estado de direito não determina a composição da produção.

Outra área de crescente utilização da Teoria Econômica do Direito é a de preservação da concorrência nos mercados. O recente anuncio de fusão de duas grandes cervejarias do Brasil, que juntas controlariam aproximadamente 70% da produção nacional de cerveja, trouxe inquietação e insegurança no mercado do produto, a tal pondo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) suspender temporariamente a operação, pois consumidores, governo e concorrentes temem que o acordo entre as duas grandes companhias reduzirá a competição, abrindo caminho para a nova empresa exercer grande controle sobre os preços do produto.

De acordo com a legislação antitruste vigente no país, fusões e associações de empresas detentoras de significativa participação em um determinado mercado devem ser submetidas ao CADE. Indubitavelmente, o CADE deve invocar os princípios da Teoria Econômica do Direito visando reprimir a formação de trustes ou outras infrações à ordem econômica. Com efeito, a natureza do problema parece demandar decisões que sejam socialmente eficientes e não apenas justas. Assim agiu o CADE em 1996, ao analisar a existência de barreiras à entrada de novos produtores no mercado nacional de creme dental, como podemos observar no exemplo 2 abaixo.

Exemplo 2. Em 1995, a Colgate-Palmolive Company adquiriu parte dos negócios de saúde bucal da American Home Products, inclusive a subsidiária brasileira da Kolynos. Assim, Kolynos e Colgate passaram a deter juntas 78% do mercado nacional de creme dental. Entendendo que as barreiras à entradas de competidores seriam significativas nesse mercado, o CADE aprovou a associação, mas com restrições. O CADE considerou o uso da marca Kolynos uma ameaça aos competidores e determinou a suspensão do direito de uso da marca por quatro anos, além da oferta pública de parte da capacidade produtiva da própria Colgate para outros fabricantes que desejassem adentrar no mercado. Após três anos, sete novas marcas de creme dental foram introduzidas no mercado, uma delas da própria Colgate.

Exemplo 3. Vamos finalmente considerar uma situação extrema, onde o sucesso de uma determinada marca é expressivo ao ponto dos consumidores chegarem a confundir a marca com o nome original do produto. Por exemplo, no Brasil, palha de aço ou lã de aço é confundido com a marca Bombril. Como a legislação permite que qualquer indivíduo ou mesmo o Estado façam acusações no caso de violação da Lei 8884, que reprime infrações à ordem econômica, pode-se imaginar que a empresa produtora da palha de aço Bombril venha a ser futuramente acusada da prática de monopólio ou de criar barreiras à entrada de competidores.

Caso isso venha a ocorrer, aplicar ao caso o conceito abstrato de justo é complicado. Afinal, a empresa teve méritos para atingir essa posição hegemônica. *Seria razoável punir o mérito*? A introdução da perspectiva eficiência simplifica a vida do tomador de decisões ao apreciar casos dessa natureza. Numa economia de mercado, o princípio da livre concorrência deve prevalecer e a regulamentação não deve inibir a criatividade, as inovações tecnológicas e a melhoria dos produtos. Assim, proibir a empresa de usar a marca Bombril, cujo sucesso foi alcançado graças ao talento, criatividade e esforço, pode não ser educativo e muito menos eficiente. Com efeito, restrições dessa natureza poderiam desestimular o desenvolvimento de novos e melhores produtos no futuro. Mas, o CADE ou mesmo o Judiciário, se provocados, poderiam institucionalizar algo que já integra o consciente popular: *Bombril é sinônimo de palha de aço*. Destarte, outros fabricantes que quisessem ingressar no mercado utilizariam o nome Bombril e não palha de aço, de modo que poderíamos ter diversos produtos similares estampando o nome bombril, inclusive o produzido pela fábrica original. Soluções desse tipo foram adotados em tribunais dos Estados Unidos e Inglaterra para produtos como a Aspirina.

Como pudemos verificar acima, a atuação do Estado na economia deve se guiar pelo principio da alocação eficiente dos recursos. Caso contrario, os resultados podem não ser os esperados. O teorema de Coase sugere uma forma de atuação do sistema judiciário do país, de modo que o conceito abstrato de justo seja substituído ou complementado pela idéia simples de eficiência, de modo a influenciar positivamente o comportamento futuro dos agentes

econômicos. Com efeito, ao julgar uma determinada causa o juiz não apenas resolve um conflito particular, mas sobretudo estabelece um padrão social de conduta. Naturalmente, se a decisão for justa, porém ineficiente, a reação dos agentes econômicos poderia frustar as expectativas dos agentes do Estado.

Fonte: www.unit.br/graduacao/economicas/professores/alanlemos/Papers/FALHAS2.doc

Referências Básicas:

Coase, R. H. (1960). "The Problem of Social Costs." *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44.

Lemos, A. (1999). *Investigación sobre Desarrollo Humano en el Extremo Norte de Brasil*. Tesis de Doctorado. Universidad de Matanzas.

Souza, W. P. A. (1994). *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: LTr.

Stephen, F. H. (1993). *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books.

Stigler, G. J. (1992). "Law or Economics?" *Journal of Law and Economics*, 35, pp. 455-468.

CAPÍTULO VII: CRIME E *LAW & ECONOMICS*

A indústria do crime assusta a todos nós. Prolifera-se como um verdadeiro mal, sobretudo nas grandes cidades onde a proporção do crime individual ou organizado tem chegado ao descontrole quase que epidêmico. Assaltos, seqüestros, latrocínios se tornaram corriqueiros, lugar-comum e quase todo paulistano ou carioca já foi assaltado pelo menos uma vez. Pode-se dizer sem medo de errar que a violência, ao lado da saúde e da educação, representam as três preocupações centrais de qualquer governo. O crescimento da violência nas duas últimas décadas tem se constituído num dos maiores desafios ao desenvolvimento do Brasil (e também da América Latina). As taxas de homicídio colocam a região como uma das mais violentas do mundo, com índices duas vezes mais elevados que a média mundial: no Brasil, a cada ano, ocorrem 22,9 por cem mil habitantes contra 10,7 dos outros lugares no mundo.

A primeira observação pertinente é que a violência é um típico problema de subdesenvolvimento e de má distribuição de riqueza, justificada sempre pela pobreza e por baixos índices de educação. Isto não significa, contudo, que a violência não tenha dado espaço a uma certa indústria do crime, com garras e alma própria.

A segunda necessária observação é quanto à natureza hobbesiana do próprio homem, que muitos acreditam ser verdadeira. Para Thomas Hobbes, a corrida pela sobrevivência aos escassos recursos da sociedade faz com que apenas os mais rápidos e mais fortes pudessem garantir a perpetuidade de seu sangue. Para ele, a vida na natureza era cruel, solitária, pobre e embrutecida e sua célebre expressão de que o "homem é o lobo do próprio homem" denota que o ser humano é um animal agressivo, egoísta. Rebatido por Hebert Spencer, em geral considerado como um exaltador da natureza humana, Georg Büchner, aliando-se a Hobbes (e tantos outros como Malthus) vaticinou: "O sentimento de destruição é inato ao homem." Aqui, vamos partir de um pressuposto radicalmente distinto desta visão: a de que o homem é racional e só age, não por impulso, mas por estímulo.

Mas, julgo necessário apenas alargar esta visão hobbesiana mais tradicional. Ora como controlar tal natureza instintiva ? Para muitos (como Kant) qualquer ato considerado como uma falta grave às regras de moral admitidas por uma sociedade, ou qualquer ato perseguido em nome do particular que foi lesado por este ato seria passível de uma pena correcional teria cometido um crime. Mas, claro, nem tudo poderia ser considerado como crime, em especial quando se lesavam muitos (e desnecessariamente). Peter Gay, em extraordinário estudo sobre o ódio, relaciona a violência à própria natureza humana, mas vê ainda, modos culturais de atenuação desta mesma violência: buscando na cultura helênica algumas explicações ele justifica: "os mitos gregos que os vitorianos instruídos absorviam na escola eram histórias de ofensas mortais e de espantosa retaliação. Os criminosos divinos, tirânicos e reais, que Homero e as tragédias gregas dramatizaram de modo tão memorável compunham um volumoso catálogo de transgressões sensacionais: não apenas roubo e adultério, mas incesto, castração, assassinato traiçoeiro de esposos e horrendo canibalismo. Preservados para a posteridade por gerações de poetas épicos, dramaturgos e filósofos, tais mitos sobreviveriam no teatro, poesia, fala popular do século XIX, dando a sombria lição de suas vidas. Bíblicos ou clássicos, eles enfatizavam uma única e majestosa ordem. A punição era como o instrumento indispensável para remendar o rasgão que o crime havia feito no tecido social. Só nas comédias é que os perversos levavam a melhor." [1] A verdade, para Peter Gay, é que muitos ainda acreditam na violência como forma de purificar a sociedade. A expressão de Thomas Mann de que a "guerra traz a purificação, a libertação e uma enorme esperança" lamentavelmente ainda é prova, até os dias de hoje, de que, apesar de estarmos partindo por pontos diferentes, o sentimento hobbesiano não é uma premissa de todo equivocada.

A tentativa de identificar na doutrina causas no fenômeno da violência e da criminalidade tem sido objeto de estudo de várias disciplinas ao longo da história das ciências sociais, do direito e da sociologia. De forma mais moderna, hoje o estudo do crime até merece disciplina própria, a chamada "antropologia da violência" área que cuida as causas do crime. Desde muito tempo, ainda na formulação das bases teórico-conceituais que culminaram com o estabelecimento da disciplina da moderna "Sociologia Criminal", no Século XX, estudiosos já se ocupavam de tentar explicar as

[1] Peter GAY. *O cultivo do ódio.* Companhia das Letras, São Paulo, pág. 139

origens da violência e da criminalidade, caso de Becaria (1738-1794) e Bentham (1748-1832), sob o que ficou conhecido como a "Teoria da Natureza Humana". Dos primórdios da "Escola Clássica" e da "Teoria da Natureza Humana", aos dias de hoje, passando pelas chamadas "Teorias Sociológicas" primeiro articuladas na primeira metade do Século XX pela visão de *Law & Economics*, persiste a busca de modelos explicativos de expressões anti-sociais do comportamento humano. Além disso, o que existe também é a incorporação dos conhecimentos da Criminologia a novas áreas acadêmicas como por exemplo as formulações da "Ciência Policial", em síntese, referente à administração da segurança pública. A análise criminal é parte essencial de todo o problema da violência. Os resultados de tais estudos são sempre muito polêmicos – é só observar o debate sobre o desarmamento da sociedade que traz acalorados debates de ambos os lados.[2]

Certo de que a indústria do crime se propaga com o desenvolvimento econômico e principalmente urbano, é evidente que a miséria e a pobreza induzem a um maior índice de criminalidade. No entanto, o objetivo deste capítulo não é nem discutir as causas da criminalidade, nem tampouco avaliar os seus remédios. Este capítulo pretende oferecer novas luzes ao tradicional direito penal numa visão mais voltada ao campo da *Law & Economics*.

Em primeiro lugar, qualquer teoria do crime deve responder em síntese a duas questões centrais: quais são os atos praticados que devem ser punidos e, segundo, qual deve ser a extensão da punição. Estas duas perguntas são chaves para começar a compreender o fenômeno criminológico do ponto de vista mais econômico. Há, em paralelo uma disciplina da ciência econômica, que é a economia do crime – e que esbarra em várias teorias do desenvolvimento econômico, como já se afirmou anteriormente. Para nós, o que é importante ater até aqui é, em outras palavras, como definir o que é crime e qual é a respectiva dosimetria penal, ou seja, qual é a medida da dose de pena que se pode aplicar. Essas duas indagações permitem construir um arsenal de incentivos capaz de desencorajar novos criminosos a praticar crimes e os atuais a deixar a profissão de criminosos. Evidente que o capítulo não se propõe a resolver o problema da violência urbana nem tampouco criar novas teses sobre o Direito Penal, mas apenas enfoca-lo sobre um outro prisma;

[2] Vide...

prisma este que em muitos aspectos exigirá uma visão fria e nada emocional de uma situação que incomoda e choca. No entanto, uma visão fria do fenômeno que muitas vezes exige um grau maior de racionalidade pode ser útil para entender um pouco mais do assunto.

Por exemplo, sabemos que o roubo (subtração, sem o consentimento de seu proprietário, de coisa alheia móvel) de um toca-fita é um delito criminal. Será que prender o ladrão por 50 anos é o modo mais eficiente de evitar novos crimes ? Esta é uma típica pergunta de *Law & Economics*, que não está se detendo às questões criminais por considerações de natureza moral ou social.

A premissa (e a constatação) é que os criminosos não possuem qualquer incentivo interno de apreço à lei, nem se sentem com ela obrigados. Mas além disso, há vantagens em transgredir a lei, em geral, vantagens patrimoniais. As razões pelas quais tais indivíduos não querem obedecer à lei – em especial por serem maximizadores racionais de interesse – transcendem a análise aqui proposta, e obviamente, há situações em que o criminoso pode não obter proveito patrimonial de seu crime, como é por exemplo, o caso de um seqüestro político (com ou sem o pagamento de resgate) seguido de homicídio. E é evidente que há uma grande ingerência política na elaboração de qualquer lei penal; a própria tendência legislativa brasileira de considerar vários crimes como sendo crimes hediondos (com a esperança de que tal classificação, com o aumento das penas, reduziria a criminalidade) ilustra bem isso, com resultados pífios sobre a criminalidade.

Ora, em geral e do ponto de vista histórico, duas são as áreas que sempre se buscou proteger: a vida e o patrimônio. Claro que sempre há o argumento de que a atividade criminal poderia lesar outras áreas da natureza humana, em especial, a moral, os bons costumes, a ideologia e mesmo a espiritualidade (como são de fato, os presos de consciência, por exemplo, pacifistas que cometem o crime da deserção – em alguns países – por não se alistarem no Exército). Mas, considerando que mais de 99% dos processos penais no Brasil são relativos ou ao patrimônio ou à vida, vamos nos ater a estes assuntos. Do ponto de vista da política pública, contudo, é necessário alargar a compreensão da atividade criminosa e encontrar novos meios de responsabilizar o criminoso. Cooter e Ullen dão quatro exemplos que ilustram bem como enxergar a punibilidade além da

esfera policial e tentar considerar o crime não atividade individual, e sim um verdadeiro custo social.

Declínio das Taxas de homicídio nos Estados Unidos ?

Há notícia de que as taxas de homicído estão caindo nos Estados Unidos. Enfatizando que o declínio nas taxas de homicídios não é um fenômeno uniforme, Blumstein e Rosenfeld examinam atentamente várias sub-tendências que afetam o resultado geral e discutem as forças que podem ter contribuído para tais mudanças. Acrescentando suas vozes à "disputa retórica por liderança" entre os formuladores de políticas de segurança – que atribuem as taxas decrescentes às suas medidas – e aqueles criminologistas que atribuem as mudanças nas taxas de criminalidade à forças além do controle dos formuladores de políticas, os autores argumentam que o impacto de políticas de segurança pode ser entendido apenas no contexto dos níveis e tendências correntes em termos de crimes violentos.

Grande parte do declínio em homicídios, especialmente em homicídios com armas de fogo, podem ser explicados a partir do declínio em homicídios cometidos por jovens. As grandes cidades, com sua contribuição desproporcional para as taxas de crimes violentos, tiveram impacto igualmente desproporcional nos índices do país como um todo à medida em que suas taxas de homicídios caíram.

Examinando as forças que podem explicar as taxas decrescentes, Blumstein e Rosenfeld apontam para o amadurecimento do comércio de crack, cujos traficantes podem estar apelando menos para a violência para resolver suas disputas; a disponibilidade de empregos que requerem baixa qualificação para jovens em uma economia em expansão; os efeitos incapacitadores do crescente encarceramento; e o declínio em homicídios domésticos como fatores independentes. Entre as forças reativas, eles indicam as estratégias anti-armas da polícia — incluindo operações de desarmamento variadas— e programas comunitários de redução de violência, resolução de conflitos e de aconselhamento.

O ex-comissário de polícia de Nova York, William J. Bratton, e o criminologista George R. Kelling oferecem suas perspectivas sobre a expressiva diminuição dos crimes violentos em Nova York. Eles argumentam que os esforços da polícia em perseguir situações aparentemente pouco importantes de conduta desordeira foram o elemento crucial ao interromper um ciclo que leva, em seu final, a um aumento de crimes violentos e a uma "espiral do declínio".

Durante seu mandato como chefe do Departamento de Polícia de Trânsito de Nova York , Bratton procurou fazer com que os policiais compreendessem a tese das "janelas quebradas" desenvolvida por Kelling e pelo criminologista James Q. Wilson. Esta tese argumenta que pequenas infrações, quando não apuradas, leva ao medo os cidadãos que cumprem as leis e estimula o comportamento ilegal por parte dos criminosos. No Departamento de Polícia de Trânsito, os policiais eram encorajados a efetuar prisões ou emitir multas aos que cometessem pequenas infrações, tais como mendigagem, não pagamento de tarifas nos transportes e urinar em público. Esta prática, segundo Bratton e Kelling, não apenas reduziu a quantidade de crimes menores, mas também evitou os crimes mais sérios. Uma atenção similar à desordem, efetuada pelo Departamento de Polícia de Nova York, teria tido resultados similares quando Bratton tornou-se Comissário de Polícia.

De todas as cidades que viveram um declínio em crimes violentos, talvez Nova York seja a que tenha recebido mais atenção. Neste artigo, os autores examinam a natureza e a extensão do declínio de homicídios dentro da cidade, colocando-o no contexto das taxas de criminalidade anteriores e outros crimes violentos.

Eles concluem que a queda geral em homicídios encobre duas tendências: a queda do número de homicídios cometidos com armas de fogo e a queda de homicídios sem uso de aramas. Examinando o período de 1985 a1996, os crimes sem armas de fogo já vinham diminuindo desde o começo. Enquanto isto, os assassinatos com armas aumentaram durante fins dos anos 80 e início dos anos 90, começaram a diminuir em 1993 e atingiram seu nível

original em 1996. Os autores discutem diversos fatores que podem ter contribuído para as duas tendências, incluindo policiamento, mudanças demográficas, incapacitação e regressão estatística.

Somente quando se considera as tendências destes e outros crimes violentos é que pode-se obter uma imagem completa do que está causando o declínio em homicídios.

Com respeito a questão sobre o fato do declínio observado em homicídios em Nova York representar uma regressão à média, Maltz argumenta que as variações ano a ano nas taxas de homicídios precisariam ter sido mais voláteis para representar com veracidade uma instância deste fenômeno estatístico.

www.mj.gov.br\senasp
Resumos de artigos do *Journal of Criminal Law and Criminology*
volume 88, número 4
Verão 1998

Tome-se como exemplo Fulano, sentenciado culpado por assalto a mão armada. Se, ao declarar a pena, o Juiz pudesse (no Brasil ele não pode) optar por uma multa financeira pesada em vez de uma condenação penal, qual seria a melhor alternativa para coibir comportamentos semelhantes no futuro? Será que em crimes do colarinho-branco ou em fraudes não é muito melhor impor multas onerosas (*realmente* pesadas; Michael Milken pagou cerca de 400 milhões de dólares para reduzir a sua pena!) do que enfrentar longos anos de cadeia e numerosos *habeas-corpus* que sempre concedem liberdade ao réu ?

Segundo exemplo: Fulano é condenado por um crime que comprovadamente cometeu, mas os presídios estão todos abarrotados e não podem admitir um novo interno. Será que o Estado poderia liberar um preso cujo crime foi mais leve para lhe dar lugar? Qual é a resposta ideal e como minimizar os custos sociais do crime ?

Terceiro exemplo: Fulano assalta um carro e furta o toca-fitas. O vidro quebrado do carro custa R$ 100 e o toca-fitas, R$ 75. Qual é o custo social do crime, R$ 175 (o prejuízo total da vítima) ou R$ 100 (o prejuízo da vítima menos o "lucro" do assaltante, de R$ 75)? Ou algum outro número ?

E finalmente: Sicrano quer aumentar a segurança doméstica de sua residência. Ele cogita colocar grades, contratar uma empresa de segurança para instalar alarmes ou comprar uma arma de fogo. Como cada uma dessas alternativas aumenta ou reduz a chance de assaltos desse proprietário e de

seus vizinhos? Sim, porque grades ou alarmes poderiam eventualmente "redirecionar" o assaltante para outras residências. Será que o armamento civil de fato estimula os crimes?

Em todos os casos, há um ponto de partida diametralmente oposto ao do praticado no nosso Judiciário. Temos aqui alguns exemplos do tipo de pergunta que deve ser feita para determinar políticas públicas na área criminal. O "remédio" do culpado seria econômico, mas há outras considerações a serem feitas com base nestes três exemplos. Primeiro, se para qualquer produto há um mercado onde se oferece e se demanda certas quantidades, será que poderíamos considerar a atividade criminal como uma espécie de "mercado" ? Ou seja, será que se pode aplicar a teoria das trocas para a esfera criminal ? (lembre-se que não estamos nem avaliando considerações morais !).

Segundo, há certas ações que se deseja coibir, mesmo que as partes envolvidas não tenham qualquer intenção de agir desta forma, apenas por uma questão de externalidades; finalmente, será que criando um certo estigma o direito criminal tem influência sobre a capacidade e a preferência de determinadas condutas ? É sobre isso que este capítulo se ocupará.

Do ponto de vista jurídico, o crime é ato que transgride as normas jurídicas penais. São crimes as ações tidas como tal pela lei penal: as penas são sanções determinadas pela lei. Ou seja, a própria Constituição Federal, no seu artigo 5º, XXXIX define este preceito romano: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Não há crime sem que a lei o defina como tal), ou como diz o texto constitucional, "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".[3] Este mesmo princípio se acha em termos idênticos no Código Penal: "considera-se crime a infração penal que a lei comina, pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção a infração penal que a lei comuna, isoladamente, pena de prisão simples, ou de multa, ou ambas, alternativa e cumulativamente." E como prova de que tal preceito é importantíssimo, o próprio Código Penal define, no art. 23, que

[3] Goffredo TELLES Jr. (*Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo : Editora Saraiva, 2001. pág. 56) ensina: "É evidente que a consagração legal de tais proposições visa impedir o arbítrio do Poder Público no exercício de sua missão de perseguir e punir os acusados da p'ratica de delitos. Visa obstar a aplicação de pena sido indicado, denunciado, processado e condenado até sentença judicial contrária, passada em julgado."

não há crime quando o agente o pratica ou em estado de necessidade, ou em legítima defesa ou mesmo no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

No entanto, o tipo de análise que se pretende empreender aqui é outra. Precisamos primeiro entender um pouco da atividade criminal do ponto de vista econômico. Aqui, a função do criminoso é conduzir o comportamento de sua vítima que resulta em algum tipo de transferência de propriedade (ou de direitos de propriedade) a ele. Quando há atentados à vida ou crimes contra a pessoa (estupro, por exemplo) poder-se-ia ter um outro tipo de análise, mas mesmo assim, o objetivo final do criminoso é obter para si alguma vantagem (no estupro, sexo não consentido), e equivalente, ao menos em teoria, a uma troca (mesmo no estupro, ele estaria "comprando" sexo, no sentido de que apesar de não haver um mercado para estupros, equivale-se a uma transferência involuntária de direito – o direito ao corpo). Insista-se, mais uma vez, que estamos nos abstraindo de componentes morais – e eles existem em algo repugnante e degradante como estupro – e aqui considerando que o criminoso é um ser racional e absolutamente frio de escolhas e preferências que maximizem a sua satisfação.

Do ponto de vista jurídico, as leis penais, como ensina Goffredo Teles Jr: "em seu texto verbal e explícito não exprimem nenhum mandamento, não impõem nenhuma proibição (...) de fato, nenhuma lei proíbe matar, furtar, caluniar, portar arma (...) nenhuma lei proíbe, expressamente, o crime e a contravenção. Tomadas ao pé da letra, as leis penais são insusceptíveis de ser violadas. O crime e a contravenção não as violam: tais atos são a prática dos atos que elas simplesmente nomeiam. Ocorre que, a cada tipo de crime – como sabemos – a lei comina uma pena. É como se a lei dissesse: "você pode ou não cometer o crime nomeado na lei; mas se o cometer, você poderá ficar sujeito à pena cominada na mesma lei" . [4]

Do ponto de vista econômico, Calabresi e Melamed distinguem dois tipos de regras: as regras de propriedade e as regras de responsabilidade.[5] Ambas são regras de proteção de direitos, mas vale a

[4] Idem, ibedem.

[5] Guido CALABRESI e A . Douglas MELAMED. *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral.* 85 Harvard Law Review, 1086 (1972).

pena nos deter um pouco aqui para explicar melhor o conceito proposto num artigo seminal de 1972, escrito por estes dois autores. Regras de responsabilidade se definem por permitir trocas de transferência de direitos, mas que são involuntárias, desde que haja compensação pelo valor de mercado. Regras de propriedade, por oposição ocorrem quando há a transferência de direitos é inteiramente consensual. Quando as trocas são práticas e o risco de ineficiência se reduz à transação contratual, à medida em que as partes interagem, negociam e definem direitos de propriedade, mesmo às custas de estar incorrendo certos custos de transação, como vimos, estas transferências de direito de propriedade se dá no mercado e é assim que entendemos qualquer tipo de troca. Se quero vender o meu Fusca 1969, zero kilômetros e peço R$ 50 mil por ele, desde que haja alguém disposto a pagar por ele – por dar o mesmo valor a um carro antigo – transfiro os meus direitos de propriedade sobre aquele automóvel a ele, mediante a entrega do bem e da transferência do DPVAT, no Detran local. Já no caso de responsabilidade, os custos de transação são extremamente elevados. Aqui, a proteção aos direitos de propriedade se dá de forma enviesada. Por exemplo, se sou assaltado e roubam o meu Fusca 1969, a regra de responsabilidade diz que como houve uma transferência involuntária de direitos (por meio de um crime) e por ter sido contra a minha vontade tal transferência (seja porque não quis vender o veículo), seja porque fui assaltado à mão armada, a compensação que posso receber a preços de mercado pode não me ser suficiente. Suponha que o seguro possa cobrir (se é que um veículo destes seja aceito por qualquer seguradora como um bem segurável) digamos, 10% do valor que atribui ao meu bem. A regra de responsabilidade pode indenizar parte do valor (10%) e não aquilo que eu acho que vale: portanto, a regra de eficiência também não pode ser aplicada. Por sua vez, suponha que o ladrão revenda o bem roubado a um terceiro por R$ 20 mil. Aqui, claramente houve uma alocação eficiente de recursos. Primeiro por considerar que o bem vale R$ 50 mil e por existir pessoas no mercado dispostas a transferir parte de seus direitos de propriedade para ter um Fusca 1969. Segundo, pela regra de responsabilidade proteger apenas parcialmente meu direito e último, por não ter sido o ladrão capaz de transferir direitos por R$ 50 mil, mas por R$ 20 mil. A pergunta que fica é, se houvesse o furto ou o roubo do veículo e o ladrão me indenizasse em R$ 50 mil, haveria crime ? Evidente que do ponto de vista jurídico, sim, mas do ponto de vista econômico, não. Se os direitos de propriedade forem transferidos ao valor de mercado e a regra de responsabilidade estiver

compatível com aquilo que entendo como "preço justo" há alocação eficiente de recursos. Regras de responsabilidade e regras de propriedade contribuem para compreender melhor nosso sistema jurídico de trocas.

Posner alega que há certos tipos de crime que só ocorrem por não haver substituto de mercado. Por exemplo, o estupro. Estupradores obtém prazer apenas com o fato de que não houve sexo consentido e não apenas não há mercado para estupro (já que o pagamento é uma forma de consenso), como se houvesse, os custos de transação seriam proibitivos. A sugestão de estabelecer um preço ao estupro é descabido não apenas por razões morais, mas também porque o consentimento não é parte do estupro; além disso, todas as mulheres passariam a investir na proteção contra estupradores potenciais e o custo provavelmente subiria sem que houvesse "eficiência" no processo. O mesmo tipo de análise pode ser válido para comércio ilegal de crianças e bebês, por exemplo.

Mas voltemos ao exemplo do meu Fusca 1969. Se por oposição, transferir a minha propriedade a algum milionário maluco disposto a pagar R$ 100 mil por ele, a diferença de R$ 50 mil significa quanto este novo comprador está disposto a pagar por ele a mais do que eu. Nesta mesma linha de raciocínio podemos afirmar que o Direito Criminal, do ponto de vista econômico, é uma forma de assegurar que os direitos de propriedade sejam alocados no mercado de forma mais eficiente. O que isto tem a ver com punição ? A punição – e vamos falar disso mais adiante – deve ser o suficiente a incentivar as trocas de mercado. Por exemplo, se estivermos num país de lei muçulmana, a penalidade pelo roubo é supomos, cortar uma das mãos. Podemos dizer que, neste grau de incentivo a cumprir a lei (e supondo que ninguém queria ficar maneta) a punição age como sanção, mas também como forma de se incentivar as trocas no mercado. Se o benefício do ladrão for R$ 1 e não R$ 20 mil, podemos dizer que a regra legal estabeleceu um padrão que encoraja a transferência de propriedade por meio de transações de mercado, voluntárias e negociadas, já que o ganho é muito diminuto. Ou seja, todos irão preferir as trocas por meio da transferência de regras de propriedade e não regras de responsabilidade.

Pode ser fácil compreender esta explanação quanto à bens patrimoniais. E quanto àquilo que não é patrimonial, como a vida, por exemplo ? Quem tira a vida de alguém num homicídio doloso pode ser, em teoria, comparado a um ladrão ? Num certo sentido, sim. Ele está 'roubando' alguém de sua vida. Ai, o que poderia ser indagado é sobre a regra de responsabilidade ? Se ele poderia pagar uma indenização a alguém e com isso livrar-se da punição. Claramente, a análise acima enfrenta problemas, mas, como lembra Posner, não é porque há uma certa utilidade que o criminoso tira da situação (numa vingança, ou mesmo num estupro) que se pode admitir uma simples indenização ou punição; simplesmente não inventaram nada melhor do que a constrição da liberdade para assassinos. Mesmo o pagamento de multas é visto por muito como algo pouco democrático, no sentido de que estaria se diferenciando um criminoso pobre de um rico. E quando há crimes sem vítima, ou a vítima é o próprio criminoso, como por exemplo, em venda de órgãos humanos ? Ou só porque alguém pode pagar uma indenização vultuosa, ele deveria dirigir bêbado ? Vejam que há casos em que o Direito Penal impede os indivíduos, para poderem viver em sociedade, de transformar regras de responsabilidade em regras de propriedade.

Nós temos um sistema penal contudo, que está exatamente no outro extremo: para nós a punição é a expiação da culpa e em que não se consideram quaisquer considerações econômicas, custos sociais do processo ou mesmo uma mínima análise econômica do sistema carcerário. Cometeu um crime, deve ser punido, mesmo que haja muitos argumentos contrários (do tipo a cadeia é uma escola de ladrões ou coisas assim). E diga-se de passagem, não se quer aqui não punir os criminosos, mas apenas criar incentivos para uma sociedade mais justa.

Novos tipos de crimes: as fraudes eletrônicas: fraudes via computador e uso ilegal de dados de acesso a serviços de comunicação

"O número de assassinatos e homicídios diminui, mas a criminalidade eletrônica explode na Alemanha e em igual países desenvolvidos. Esta é a conclusão do relatório "Estatística da Criminalidade 2003", divulgado pelo Ministério Alemão do Interior, Otto Schilly. O número total de crimes registrados no país aumentou "apenas" 1,6% (100 mil) para 6,36 milhões, dos quais 53% foram esclarecidos. O ministro do Interior, Otto Schily, mostrou-se preocupado, porém, com o "alarmante" crescimento de 40% da criminalidade eletrônica. Os casos de fraudes via computador aumentaram 162,3% para 17.310 e os de uso ilegal dos dados de acesso a serviços de comunicação 256,7% para 8.093 crimes. A maioria dos casos refere-se a transgressões como navegar na Internet às custas de terceiros, uso ilegal dos dispendiosos números de telefone especiais (0190) e o hacking de códigos de acesso dos celulares. Schily propôs uma cooperação mais estreita entre a indústria e as autoridades de segurança para combater esse tipo de crime."

Fonte: www. dm.com

Uma segunda área de discussão é quanto ao que se conhece como "externalidades". Já se referiu anteriormente ao conceito: um custo que não é incorporado por quem o incorre; vimos ainda que onde as transferências de propriedade não-consentidas e onde há baixos custos de transação a atividade criminal pode ocorrer. No entanto, nem sempre se pode comparar situações análogas de crime de custos de transação elevados e trocas inexistentes no mercado. Tome-se, por exemplo, a velocidade automotiva: o excesso é punido e no limite, a licença de motorista pode ser cassada. Mas, quando se está dirigindo em excesso a velocidade legalmente permita, é claro que não se está nem transferindo qualquer propriedade nem mesmo se incorrendo em qualquer custo de transação e mesmo assim, o agente está praticando um crime. Outros exemplos como os crimes consensuais (por exemplo, o uso de entorpecentes) não podem simplesmente ser considerados como trocas não-voluntárias, até porque há o envolvimento da vítima no crime. Tais crimes causam externalidades e é por esta razão que a lei se propõe a combate-los. A razão central da externalidade é quando uma das partes não leva em consideração o potencial prejuízo ou mal que pode fazer ao outro. No direito contratual, como vimos, isso se resolve pelo pagamento de indenizações ou de multas. Na esfera criminal, o tema é mais complexo. Uma compensação por meio do mecanismo de preço não significa que estou dando o direito ao outro cometer um crime;

por exemplo o conceito da multa pelo excesso de velocidade não dá ao condutor o direito de estar "comprando" o direito de dirigir a 300km por hora. Assim, sendo, não é suficiente "pagar" para alguém pelo crime cometido. Da mesma forma, o fato de ter ou não vítimas fatais, em virtude de estar dirigindo a 300 km por hora não me impede de ser multado. Veja que o que se quer evitar é acidentes – o que seria um crime culposo, já que o intuito não é deliberadamente assassinar alguém – e exclusivamente na modalidade de crime culposo por negligência. No entanto, nem sempre a ação pode ser definida por seu resultado; por exemplo, se um condutor está em alta velocidade para levar um passageiro a um hospital ele não está sendo negligente, muito pelo contrário. O conceito de negligência aqui é outro: é a probabilidade de ocorrer um acidente multiplicado pelo prejuízo causado e comparado com o custo da prevenção.

Podemos considerar então o Teorema de Coase aplicado à crime: num ambiente de custos de transação zero, os direitos de propriedade serão assinalados a quem valoriza-los mais. Ora, no nosso exemplo da velocidade automotiva, afirmamos que não há a escolha do condutor pagar a multa só se houver acidentes. Aqui, trata-se apenas da probabilidade de que venha a ocorrer, logo o intuito da lei é punir independente de acidentes. Há uma escolha a ser perseguida, que pode ser colocada da seguinte forma: será possível causar dano à alguem sem o seu consentimento? Ou seja, o risco de ameaça à pessoa ou à propriedade determina que exista uma regra de coação que pode ser cumprida por todos, isto sim, considerado com sinal de eficiência de uma dada sociedade.

Law & Economics vê então o direito penal como já se afirmou, como a transferência de direitos não-consensuais onde os custos de transação são altos. Claro, o que se conhece como dosemetria penal implica em dar penas diferentes a diferentes tipos de comportamento. Se tiver razões reais para que tal risco possa ser mitigado (como por exemplo, dirigir em velocidade para ir a um hospital) ou dirigir bêbado, as penas serão diferentes em cada caso.

Posner não deixa tudo para a área civil e permite que se possam ajuizar ações penais e reparar prejuízos com indenização ? Todavia, segundo Posner, quanto mais alto for o nível punitivo da reparação do dano, menor será a probabilidade de uma sanção ser efetiva. Posner (p. 218,

Economic Analysis of law) dá a seguinte equação para decidir o quanto deve ser atribuído em indenizações se a probabilidade do criminoso ser pego e ser obrigado a reparar os prejuízos causados:

$D = L/P$

Onde,
D = Indenização ótima
L = Dano causado pelo criminoso (ou prejuízo provocado)
P = Probabilidade do criminoso ser pego e ser obrigado a reparar o dano

Conclusão: assim, o nível da indenização idela é o prejuízo causado dividido pela probabilidade do criminoso ser pego. Por exemplo, se o prejuízo causado é de R$ 10 mil, e a probabilidade é de 10%, a indenização ótima deveria ser de R$ 100 mil. As razões por isto ocorrer serão discutidas adiante.

Há três formas em que a sociedade se vale para corrigir o comportamento dos criminosos: a primeira, impor penas não-monetárias privativas de liberdade ou de vida, como por exemplo, encarcerar alguém ou sentenciar à morte. A segunda é reduzir a chance do criminoso se esconder ou desenvolver o seu aparato policial por meio do aumento do contingente policial. A terceira, envolve tanto a manutenção de uma força policial quanto também a punição de atos criminosos preparatórios, ou seja, a atividade preventiva e não repressiva. Tais penalidades acabam sendo pagas ao Estado, por meio dos impostos, como contraprestação pelos `serviços' de segurança, e não às vítimas. Contudo, a lei penal é sempre vista como um indutor de condutas.

Tal pode ser o caso, mas certamente é uma visão limitadora da realidade. Porque o criminoso comete um crime ? Segundo Posner, o modelo é simples: um criminoso comete qualquer delito (sério ou não) porque espera que os benefícios de sua ação considerada como crime possam exceder os seus custos. Por benefícios pode se entender tudo aquilo que é tangível ou intangível

(como os crimes passionais). Ambos derivam satisfação do ato criminal. O custo de um crime pode incluir despesas operacionais (tais como aquisição de armas, máscaras, aluguel de ume sconderijo), o custo de oportunidade do tempo do criminoso (que poderia estar fazendo qualquer outra coisa) e os custos relacionados à sua punição se for pego. Obviamente, o custo de oportunidade do tempo de um criminoso (que poderia estar fazendo uma outra coisa) estão diretamente relacionados às taxas de desemprego.

Ora, se sabe que quanto maior a probabilidade não necesssariamente esta

Já um outro tipo de atividade humana em que pode-se aplicar lei penal não é aquela em que causa dano a outrem, mas apenas incômodo. Por exemplo, parar em fila dupla. Não é um crime em si, mas se há multas para este tipo de atividade o incentivo é exatamente evitar transtornos nas vias públicas. Claro, se os custos de impedir esta atividade foram tão baixos (ou menores do que um custo de um estacionamento) a ação estatal não fará efeito.

Finalmente, podemos analisar a situação das vítimas sem acidentes e a situação do crime consentido, aquele onde a própria vítima é autora do crime, como por exemplo, no uso de entorpecentes. Porque o Direito impede este tipo de troca do mercado ? Primeiro, há um certo sentido de competência, já que muitos usuários não tem discernimento do mal que faz; depois, não se pode considerar que as partes são livres para transacionar.Por exemplo, prostituição também é um crime; ninguém em sã consciência pode considerar uma prostituta viciada em heroína como alguém que está trocando direitos de propriedade no mercado com sendo livre e como sua escolha sendo racional; claramente não é. Logo, o tipo de análise paretiana de eficiência não se aplica a casos onde as partes não são capazes de contratar. Em segundo lugar, há um sentido de política pública nisso: a proibição de tais trocas pelo Estado indica que qualquer o benefício ou a satisfação que se possa obter de tais atividades, não será suficiente para compensar o desconforto e a dor alheia.

Podemos também considerar o direito penal como indutor de condutas. A primeira pergunta é porque não considera-lo como uma espécie de direito contratual em que se força aquele que descumpre certo tipo de atividade em ser obrigado a pagar uma indenização. O esforço da lei é em torcar preferências de certos agentes para possibilitar a vida social. A noção de multa ou pagamento por ofensas (mais comum nos Estados Unidos do que aqui) se baseia num evidente princípio da teoria econômica: se o preço de um dado produto sobe, é bem provável que os consumidores passem a usar outros substitutos. Assim é com o direito penal: um meio de moldar as preferências e comportamentos dos agentes.

Qual é o preço então que a sociedade deveria cobrar dos criminosos ? primeiro, há aqui uma eficiência alocativa evidente e uma eficiência produtiva que acaba por determinar qual é o nível ótimo de conduta criminal. Vamos examinar isso agora.

Se o violador sente que não precisa obedecer a uma lei apenas porque é uma lei, temos um problema inicial de incentivo. No passado, se acreditou que leis mais ferozes com penas mais duras iriam desestimular a prática criminal. Isto provou não ser o caso. Alguém só comete um crime em proveito próprio (claro, excluindo as razões ideológicas, mas que seriam também maximizadores de reputação, como por exemplo, um ato terrorista); ora se é em benefício próprio, o que o criminoso está ganhando em termos de satisfação ou retorno, para ele, justifica o risco a ser corrido. Se, por oposição, como na Holanda, houver um bairro onde fumar maconha é livre, onde a droga é descriminalizada, o custo da droga cai. Ora, podemos dizer então que objetivo de alargar a regra penal deve se dar na medida em que o benefício do alargamento desta regra supere, em termos de custo a proposição original.

LAVAGEM DE DINHEIRO : UMA NOVA FACE DO CRIME

O processo de combate ao crime da lavagem de dinheiro mostra claramente uma nova face do crime organizado. Segundo estimativas mais conservadoras, apenas nos Estados Unidos, onde se encontra o maior mercado para tal crime: são cerca de 500 bilhões de dólares "lavados" anualmente.[6] A própria expressão "lavagem" advém do direito americano, já que, em Portugal, se utiliza a terminologia "branqueamento de dinheiro", evitada pelo nosso legislador porque, segundo ele, continha denotações racistas (*sic*). Luiz Flávio Gomes estabelece uma diferenciação importante, talvez a principal distinção entre nosso diploma e o arcabouço jurídico americano. Ele escreve: *"Em termos político-criminais o que se pode questionar é a distinção que se faz (desde a Convenção de Viena) entre o 'dinheiro sujo' e o 'dinheiro negro': este decorre da sonegação fiscal, da economia paralela; aquele deriva de outros ilícitos penais. Cabe observar, desde logo, que a lei brasileira acabou não criminalizando a lavagem do dinheiro 'negro', o que é politicamente criticável".*[7]

No plano do direito internacional, muitas foram as iniciativas para combater a lavagem de dinheiro. Após a Convenção de Viena, destacamos os seguintes tratados, declarações ou convenções celebrados entre as nações: Declaração Conjunta dos Sete Países Mais Industrializados (Paris, 1989); Declaração de Ministros de Estado (Londres, 1990); Programa de Ação Global da ONU (1983); Recomendação R-80 do Conselho Europeu da Comunidade Econômica Européia (1980); Convenção dos Bancos Suíços (1987); Declaração dos Princípios da Basiléia (1988); Convenção e Diretiva da União Européia (1991); Declaração de Ixtapa (México, 1990); Recomendação da OEA (1990); Declaração de Caracas (1990); Declaração de Cartagena (1991), apenas para citar algumas entre tantas. [8]

Nunca é demais situar o direito comparado em relação ao nosso. O intuito de nosso legislador ao elaborar a Lei 9.613/96 (a nossa lei de lavagem de dinheiro) foi incluir o Brasil entre as nações que seguiram a já citada Convenção de Viena. Segundo Adrienne de Senna, então presidenta do Coaf, conselho governamental criado em cumprimento a essa lei, *"vamos montar uma central de inteligência no Brasil, e, para isso, contamos com uma das mais modernas legislações do mundo".* [9] Muito se tem falado (e criticado) a lei em foco — que de fato é bastante imperfeita —, mas talvez poucos tenham se debruçado sobre o estudo de quais sejam as "mais modernas legislações do mundo".

Há muito que lavagem de dinheiro se relaciona intrinsecamente com tráfico de drogas. Segundo o penalista Luiz Flávio Gomes: *"Para o controle do crime organizado é fundamental a criminalização da conduta de quem 'lava' (regulariza, legaliza ou legitima) o dinheiro obtido com as atividades da organização criminosa. Sem a possibilidade de legalização desse dinheiro haveria maior chance de controle das associações criminosas."*[10]Em Nápoles, em 1994, a ONU destacou o assunto nos seguintes termos: *"A identificação dos grupos empresariais que aplicam o dinheiro do crime, um acordo para identificar as pessoas que movimentam milhões de dólares sem ter como justificar, o seqüestro dos bens adquiridos com o dinheiro do crime e o congelamento das fortunas conseguidas pelos criminosos são alguns pontos que necessitam de tratamento legal".* [11]

No plano internacional, em geral se classificam as leis de lavagem de dinheiro em três grandes gerações: nas de primeira geração, o único crime antecedente é o crime do narcotráfico. Se for de qualquer outra natureza, será outro ilícito penal — a receptação: receber dolosa ou culposamente valores oriundos de qualquer tipo de crime. Já a segunda geração prevê como crimes antecedentes não somente o narcotráfico, mas também outros delitos graves

---

[6] Fonte: THE ECONOMIST. *Cleaning up Dirty Money*. 12 maio 1997.

[7] Luiz Flávio GOMES. *Lei 9.613/98. Lei de Lavagem de Capitais*. Consultor Jurídico. 1998.

[8] Idem, ibidem.

[9] Declaração de Adrienne de SENNA, presidente do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. GAZETA MERCANTIL. *Normas contra lavagem de dinheiro começam hoje.* 2 ago. 1999.

[10] Luiz Flávio GOMES. Op.cit. p. 4.

[11] Idem, ibidem.

que a lei elenca. De acordo com Joseph Beckford, o modelo de penalização instituído pela Convenção de Viena é de primeira geração, enquanto o regulamento do modelo da OEA, a Cicad (Conselho Internacional de Disposições sobre Drogas), de segunda geração. Entre os países que dispõem de legislações de primeira geração, ainda de acordo com Beckford, temos a Argentina (1989), e de segunda, Alemanha, Espanha (1993) e Portugal (1995). Finalmente, as legislações de terceira geração se caracterizam pela universalidade. Neste caso, a lavagem de dinheiro abarca todo e qualquer tipo de ilícito, ou seja, os ilícitos antecedentes da lavagem são todos e quaisquer que tenham produzido recursos, transmutados ou não em fins lícitos. Eis alguns países que adotaram tal abordagem: Bélgica (1995), França (1996), Itália (1993), México (1990) e os Estados Unidos.[12]

Os antecedentes da lavagem de dinheiro datam de 1930. Meyer Lansky, contador de Al Capone, é citado como o precursor das técnicas de lavagem. Em outubro de 1931, Al Capone se deixa prender e é enviado para Alcatraz por uma razão excessivamente óbvia: evasão fiscal.[13] Ele desenvolve então um raciocínio simplista, que seria mais tarde a base da lavagem de dinheiro: tudo aquilo que estivesse fora da jurisdição do IRS (Internal Revenue Service, a Receita Federal americana) era, por definição, ativos sobre os quais jamais incidiriam nenhum tipo de imposto. O historiador T. Clark afirma que foi Lansky quem financiou Fulgêncio Batista, apenas para se enganar posteriormente sobre a estabilidade política da pequena ilha que vinha servindo de refúgio para o dinheiro da máfia.[14] No desenrolar da Segunda Guerra Mundial deu-se um grande desenvolvimento, por assim dizer, primitivo, das técnicas de lavagem de dinheiro. Sabe-se hoje, com certo grau de certeza, que foi a Máfia que obteve permissão para o desembarque das tropas aliadas na Itália, assegurando a vitória sobre os países do Eixo. Igualmente se sabe que a Máfia americana expandiu em grande escala seus negócios — até então concentrados em atividades que surgiram em face da Lei Seca — e que passou a ter maior demanda por produtos voltados à lavagem de dinheiro.[15]

De toda forma, a própria expressão "lavagem de dinheiro" surge no cotidiano americano, segundo o *Oxford English Dictionary*, com o escândalo de Watergate. Em fevereiro de 1972, John Mitchell, chefe da CRP — Comitê para a Reeleição do Presidente — e ex-sócio de Richard Nixon, consegue uma doação ilícita por parte da American Airlines e é obrigado a utilizar-se de mecanismos de lavagem de dinheiro para o financiamento da campanha e a invasão do prédio do Partido Democrata, mais tarde revelados pelo *Washington Post*, fatos que culminaram com a renúncia do presidente Nixon.[16] Curiosamente, inexistiam leis de lavagem específicas salvo o *Bank Secrecy Act*, cuja origem datava da obrigação do "disclosure" de origens de recursos — com finalidades tributárias muito mais do que penais. De qualquer forma, foi com base nessa lei e e em razão do episódio de Watergate que o assunto se tornou importante nos Estados Unidos.[17]

A evolução histórica da lavagem de dinheiro forçou a organização criminosa a cruzar fronteiras e utilizar-se dos paraísos fiscais —— onde há sigilo registral para as sociedades anônimas e sigilo bancário razoavelmente intransponível — a fim de criar complexas estruturas de modo a transmutar recursos de origem ilícita em operações financeiras lícitas. Por se tratar de crime transnacional, portanto, sob forte inspiração americana, reuniram-se em Viena, em 1988, delegados da ONU para elaborar o que seria mais tarde o marco institucional da cooperação internacional no que diz respeito à lavagem de dinheiro que foi a Convenção de Viena.

---

[12] Joseph BECKFORD. *Bank Compliance Law*. 1985.

[13] Jeffrey ROBINSON. *The laudrymen.* Pocket Books, 1998.

[14] T. CLARK. *Dirty money*. Millington, 1975.

[15] Jean MAILLARD. *Un monde sans loi*. 1968.

[16] Para um relato vivo do escândalo de Watergate, vide Bob WOODWARD, *Watergate*. Radom Press. 1982.

[17] Jeffrey ROBINSON. Op.cit., p. 10, relata: *"Like any great thriller, the story is filled with ironies. One is that Nixon had been so far ahead in the polls, and his opponent, George McGovern, politically so far out in space, that CRP didn't need to solicit illegal funds. Nixon quite literally, could have stayed in the Oval Office, never once made a speech, never once kissed a baby, never once hit the campaign trail, and still have won in a landslide. A second is that, in the wake of Watergate, Congress took direct action to prohibit government intrusion into the lives of ordinary citizens. One of the laws that was passed virtually enjoined financial investigators not to compare notes, which has turned out to be a boon for the laundrymen. A third irony is that, in those days, money laundering was not yet a crime anywhere in the world."*

Glossário e Termos Legais: Roteiro de Estudo : Para Ler Mais

Criminologia: Conceito – Objeto: fatos criminosos e autores de crimes: semântica dos termos. A vítima e o controle social como objetos da criminologia. A criminologia como ciência empírica; requisitos. Interdisciplinaridade e multidisciplinaridade da criminologia. Antropologia Criminal. Sociologia Criminal. Criminologia clínica, psicologia judiciária e psiquiatria forense.

Linhas históricas de criminologia – Criminologia e ideologias. Ideologia penal pré-iluminista. Cesare Beccaria e a ideologia liberal. A escola Clássica. Determinismo social. Criminalidade e ideologia burguesa. Criminalidade e Marxismo. Lombroso e a criminologia centrada sobre o indivíduo. A escola positiva. Perigosidade social e medidas de defesa social. Influência e limites do positivismo. Teorias unifatoriais e multifatoriais. Pragmatismo criminológico. Criminologia Crítica. Nova Criminologia.

Criminologia e Direito Penal: correlação operativa - Relatividade histórica da definição do crime. A lei como expressão da cultura: conceito de cultura. Conexão entre cultura, lei e poder. Criminologia e Direito Penal. Justificativas.

Fenomenologia geral da criminalidade – Estatísticas oficiais da criminalidade. Variações qualitativas e quantitativas no tempo. Idade e criminalidade: diversa participação dos vários grupos de idade na prática de crimes. Idade e reincidência. Delinqüência feminina. Raça e nacionalidade. Imigração, emigração e criminalidade. Distribuição regional, urbana e agrícola da criminalidade. Religião. Mudanças sociais e criminalidade: guerra, crise das instituições, crises sociais. Condições sócio-econômicas, pobreza e criminalidade. Classes sociais e criminalidade. Escolaridade e criminalidade. Família e criminalidade. Meios de comunicação de massa e criminalidade.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ALBERGARIA, Jason. Criminologia; *teórica e prática.* Rio de Janeiro: Aide, 1988.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An economic approach.* 76 Journal of Politiccal Economy, 169 (1968).

HART. H. L. A *Punishment and responsibility.*

JEVONS. Marshall. *Murder at the margin.*

MOLINA, Antonio García-Pablos e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos. 2ª. ed. rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GASSIN, Raymond. *Criminologie.* 4ª ed., Paris: Dalloz, 1998.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada.* Trad. J. F. Faria costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, vls. 1 e *2.*

MANTOVANI, Ferrando. *Il problema della criminalità.* Padova: Cedam, 1984.

REISS, Albert J. *Understanding and preventing violence.* (National Research Cuncil of the National Academy of Sciences, 1994.

REUTER, Peter. *Desorganized crime: Illegal markets and the mafia.* (1983)

MARCHIORI, Hilda. *Delito y personalidad.* Cordoba: Editora Cordoba, 1992.

CAPÍTULO IX: REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

9.1 Para o que Serve a Regulação Econômica?

9.1 Monopólios Naturais: Princípios Regulatórios

9.2 Estudos de Caso

9.3 Sumário do Capítulo e Glossário

9.4 Sugestões de Leituras

9.5 Exercícios

Box 9.1: O que é regulação econômica?

Box 9.2: Seleção adversa e risco moral

Box 9.3: O Problema do Agente-Principal

Box 9.4: Tarifas Multi-Partidas

Box 9.5: A Propriedade do Monopolista Natural é Importante?

Box 9.6: Competição ou Regulação?

9.1 Para o que Serve a Regulação Econômica?

Em que pesem as reformas liberais das últimas décadas, a ***regulação*** da atividade econômica tem se tornado cada vez mais intensa mundo afora. No âmbito mundial, as normas e decisões emanadas por órgãos como a Organização Mundial do Comércio, as câmaras internacionais de arbitragem, o Banco Internacional de Compensações, a Organização Internacional do Trabalho, e outras instituições semelhantes têm exercido uma influência crescente na organização da atividade econômica. O mesmo vale para acordos como o de Quioto, voltado para reduzir a emissão de gases na atmosfera, cuja influência nas decisões corporativas deve se mostrar crescente, tanto em relação ao que e como produzir, como sobre aonde investir. Da mesma forma, vêm se tornando mais freqüentes as restrições impostas às empresas por acordos regionais, como os que sustentam a União Européia e o Mercosul, por exemplo.

As economias nacionais também têm experimentado um processo semelhante de reforma e expansão da regulação incidente sobre as atividades de empresas, profissionais liberais e mesmo as pessoas, como ilustram as leis que tornam obrigatório o uso de cinto de segurança e restringem o fumo em lugares públicos. Esse processo tem sido mais intenso, em vários aspectos, nos países mais desenvolvidos. Nestes, temas como o meio ambiente, a segurança de produtos, a propriedade intelectual e até o uso da internet – como ilustrado pelas punições a quem envia *spam* nos EUA – têm sido objeto de mais e mais detalhadas regulações nos últimos anos. Nos países em desenvolvimento, por outro lado, a expansão da regulação em áreas como meio ambiente, direitos do consumidor e propriedade intelectual tem coexistido com a reforma de regulações já existentes, particularmente nos serviços públicos e nos mercados de trabalho e capital.

O Brasil não tem ficado de fora dessas tendências. De fato, muitas das reformas empreendidas desde os anos 1980 têm sido caracterizadas pela substituição de um Estado empresário por outro que se preocupa em regular o setor privado. Por trás

dessas reformas está a visão de que o mercado é mais eficiente do que o Estado em definir a alocação de recursos e produzir. Elas são, também, uma reação à constatação de que a intensa intervenção estatal que caracterizou a economia brasileira durante a maior parte do século XX também foi marcada por muitos problemas, que podem ser encaixados no que a literatura usualmente chama de falhas de governo.

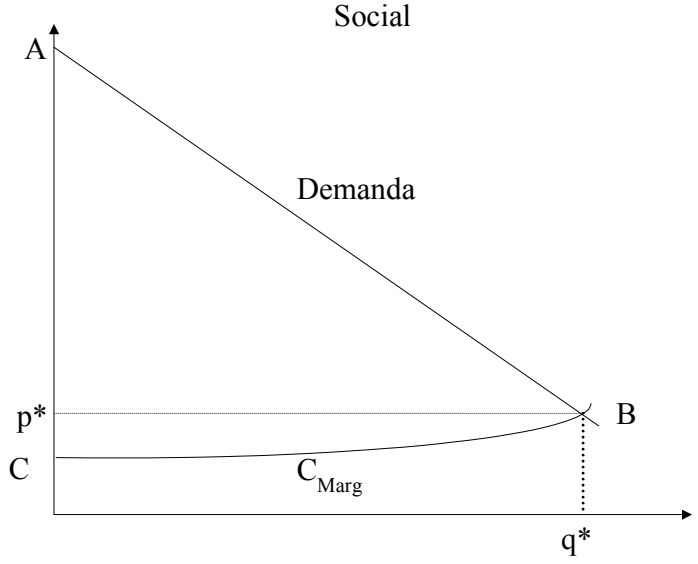
Mas não se deve esquecer que, como o governo, o mercado também pode falhar. Isso só não acontece em um mundo idealizado em que (i) não há interações entre agentes econômicos que não sejam intencionais e de comum acordo; (ii) que a informação é total e igualmente disponível para todos, e (iii) em que há um número muito grande de empresas competindo em condições semelhantes, em cada mercado, para vender para um número também elevado de consumidores parecidos. Neste mundo, as empresas vão se esforçar ao máximo para produzir ao menor custo possível; vender tão barato quanto os custos permitirem, dado o patamar de qualidade de cada bem ou serviço; e inovar e introduzir novos produtos no mercado. Os consumidores vão saber o que e onde comprar; as famílias saberão avaliar o risco e o retorno dos seus investimentos; os trabalhadores não assumirão riscos desconhecidos no seu local de trabalho; etc. Neste mundo, não há necessidade de regulação.

Porém, quando uma dessas três suposições não se verifica, a coincidência que existe nesse mundo ideal entre os interesses de produtores, consumidores, famílias, trabalhadores etc. não mais se verifica, e o mercado deixa de ser eficiente. De forma geral, são dois os tipos de ineficiência que se observam quando ocorre uma falha de mercado:

- Ineficiência alocativa: Observada quando os diversos bens e serviços não são produzidos / consumidos nas quantidades ótimas, isto é, que maximizam o bem estar social. A Figura 9.1 ajuda a entender esse conceito. O critério de bem estar social que vamos usar é de excedente total, isto é, a diferença entre o benefício de consumir um bem e o custo de produzi-lo (ver Seção 3.4). Na Figura, ele é

dado, pela distância vertical entre a reta de demanda e a curva de custo marginal. Ele é maior para a primeira unidade, caindo progressivamente para cada unidade adicional produzida / consumida, até chegar a zero para a unidade q*, e tornando-se negativo depois disso. Esta é, portanto, a quantidade que maximiza o excedente total, representado na Figura pela área delimitada entre os pontos ABC. Observe-se que este se divide entre o lucro da empresa, dado pela área CBp*, e o excedente do consumidor, representado pela área ABp*.

Figura 9.1: Eficiência Alocativa e Maximização do Bem Estar Social



- Ineficiência técnica ou produtiva: Ocorre quando a produção não se dá ao menor custo possível ou quando uma quantidade insuficiente de recursos é despendida na busca de inovações de produto e processo.

Nestes casos, há a possibilidade de que a regulação, alterando a forma como o mercado funciona, venha a produzir uma situação em que o bem estar social seria maior do que deixando o mercado funcionar sem interferência. Que intervenções têm mais chances de conseguir gerar esse ganho de bem estar social é o tema deste e dos próximos capítulos. Em particular, a função, o tipo, o escopo e a forma da regulação a ser

utilizada em cada caso vão depender do tipo de falha de mercado que se quer neutralizar e da natureza da ineficiência por ela causada (Box 9.1). Neste livro, estaremos preocupados com falhas de mercado resultantes da existência de ***externalidades***, de uma distribuição assimétrica de informação, e de ***monopólios naturais***.

A existência de externalidades faz com que nem todas as interações que ocorrem entre os agentes econômicos sejam intencionais e mutuamente acordadas. Externalidades podem ser negativas ou positivas. A poluição do ar, da água, ou sonora, por exemplo, são formas usuais de externalidades negativas, pois quem respira o ar contaminado, se banha em um rio sujo, ou é obrigado a dormir com um barulho forte na casa do seu vizinho não está consumindo essa poluição por livre e espontânea vontade. Imagine-se, por exemplo, o que aconteceria se alguém que deseja dar uma grande festa fosse obrigado a pagar para obter a aprovação dos seus vizinhos. O natural é que os vizinhos só autorizassem a festa se a compensação recebida fosse pelo menos igual ao desprazer causado pela música tocada em alto volume, por exemplo. Quem vai dar a festa, por outro lado, só vai estar disposto a pagar pela autorização de seus vizinhos se o custo incorrido com isso for menor do que a satisfação que vai ter dando a festa.

Chama-se a isso "internalizar" uma externalidade. Quando o dono da festa não é obrigado a pagar pelo desprazer que causa aos seus vizinhos, ele vai tender a dar mais festas e colocar o som mais alto do que quando tiver de pagar por isso. Em particular, quando a compensação dos vizinhos não é obrigatória, a freqüência de festas e a altura do som que vão ser tais que o prazer marginal que o dono da festa vai ter é menor do que o desprazer sentido pelos vizinhos. Há, portanto, uma ineficiência alocativa, pois se produz mais barulho do que é socialmente ótimo. Quando a externalidade é internalizada, por outro lado, o prazer marginal da última unidade de barulho para o dono da festa é igual ao desprazer marginal dos seus vizinhos. Neste caso, o bem estar social é maximizado.

Quando se tem uma externalidade positiva, a situação é essencialmente a mesma, só que em sentido oposto. Quando a externalidade não é internalizada, se produz menos do bem ou serviço do que é social ótimo. Um caso importante de externalidade positiva se dá quando se tem uma ***externalidade de rede***. Isso ocorre tipicamente em redes de comunicações, como de telefonia, de internet etc. Por exemplo, quando uma pessoa compra um telefone, além de ela ter um benefício por poder se comunicar, os demais usuários também ganham, pois podem passar a se comunicar com essa pessoa. Neste caso, o mercado falha porque a pessoa que compra o telefone só estará disposta a pagar por ele o benefício que ela tem individualmente por poder se comunicar. Nessa decisão, o benefício auferido pelos demais usuários não será levado em conta.

Quando os agentes econômicos realizam trocas com base em informações incompletas sobre os custos e benefícios que cada um terá como resultado dessa transação, o mercado vai falhar e, deixado sozinho, não vai maximizar o bem estar social. Um caso em que isto ocorre é quando há uma ***assimetria de informação*** entre os agentes, isto é, uma parte na transação sabe mais sobre o bem ou serviço sendo transacionado do que a outra parte. Um caso clássico em que isso ocorre é quando o vendedor sabe mais sobre o produto sendo comercializado do que o comprador, como ocorre, por exemplo, na venda de um carro usado. Outro exemplo é o das emissões primárias de ações ou títulos de dívida corporativa, em que a empresa sabe muito mais sobre a sua verdadeira situação financeira do que os potenciais investidores.

A assimetria de informação é mais a norma do que a exceção, mas nem sempre a regulação é necessária ou recomendável. Em muitas situações, o interesse do vendedor em manter uma boa reputação e/ou a existência de garantias fornecem incentivos suficientes para que essa assimetria não prejudique a parte menos informada. Além disso, o custo para o regulador de se informar e divulgar essa informação tende a ser muito alto, em comparação ao ganho marginal que pode resultar disso. Nestes casos, é em geral suficiente manter uma regulação potencial (Box 9.1), deixando para agir apenas se houver evidência de abuso. Esse é o caso, por exemplo, do trabalho

desenvolvido pelos PROCONs, em relação aos varejistas que vendem bens de consumo, como discutiremos na Seção 9.1.

Um caso intermediário é o da prestação de serviços especializados, como consultas médicas e legais, por exemplo. Neste caso, a assimetria informacional entre cliente e fornecedor é muito grande – na verdade, é ela que motiva a consulta – e é custoso depender apenas de reputação para evitar os problemas que podem ser causados por essa assimetria. Há dois problemas distintos que podem ser causados pelo fato de o cliente saber muito menos do que, por exemplo, o advogado que está sendo consultado. O primeiro, conhecido como problema de ***seleção adversa***, resulta de o cliente não ter como avaliar se ele escolheu um bom ou um mau advogado. O segundo, chamado de problema de ***risco moral***, reflete o fato de que, em não sendo os serviços prestados pelo advogado bem sucedidos, o cliente não tem como avaliar se isso ocorreu por falta de esforço do advogado ou por razões fora do seu controle (Box 9.2).

No caso dos serviços profissionais, a forma mais usual de regulação é a delegada, no caso, para os próprios órgãos de classe – os Conselhos Regionais de Medicina e a Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo. Estes ficam responsáveis por impedir a entrada de prestadores de serviços que não atendam a certos requisitos mínimos de qualidade (mitigando problemas de seleção adversa) e por punir ou mesmo forçar a saída daqueles que não tenham um desempenho profissional adequado (para reduzir o problema de risco moral). A busca de uma boa reputação também é um estímulo importante neste caso.

Quando o grau de assimetria de informação é maior, ou as conseqüências de uma escolha mal informada possam se revelar mais sérias, a regulação pró-ativa é mais comum, ainda que essa possa variar entre os tipos impositivo e informativo. Em casos que envolvem a saúde da parte menos informada, a tendência é que o regulador decida, ele mesmo, o que pode ou não ser transacionado no mercado. Esse é o caso, por exemplo, da venda de remédios, das regras de segurança no local de trabalho, da

disponibilidade de extintores de incêndio em prédios e carros, ou da obrigatoriedade do uso de cinto de segurança.

Em outras situações, o regulador opta por atuar no sentido de reduzir a assimetria de informação, mas deixando à parte originalmente menos informada a decisão do que fazer. Esse é o caso mais comum no mercado financeiro, onde o regulador impõe regras mínimas de transparência, mas deixa para o investidor decidir o risco que quer correr. Também em relação ao consumo de alimentos, remédios com menos risco de efeitos colaterais, e muitos outros produtos, o regulador impõe patamares mínimos de transparência, mas não decide pelo consumidor.

O terceiro tipo de falha de mercado ocorre quando o mercado não é competitivo, e uma ou mais empresas gozam de ***poder de mercado***, isto é, da habilidade de fixarem seu preço acima do custo marginal. Quando isso acontece, há uma ineficiência alocativa, e o consumo dos bens ou serviços produzidos por essas empresas ficará abaixo do nível que maximiza o bem estar social. A falta de pressão competitiva também se traduz em incentivos mais fracos para que a firma seja tecnicamente eficiente e introduza inovações de processo e produto.

É papel do setor público impedir que a empresa exerça seu poder de mercado. Usualmente, esse é o papel das agências de defesa da concorrência, que têm como missão limitar o grau de concentração industrial e coibir práticas anti-competitivas, como a formação de cartéis, vendas casadas e outras condutas semelhantes, como discutido no Capítulo 5. Em certas situações, porém, a tecnologia de produção é tal que é eficiente ter uma única empresa atendendo a todo o mercado relevante, caso em que se diz que o mercado é caracterizado pela existência de um ***monopólio natural***. Isso ocorre quando a tecnologia de produção é caracterizada por ***economias de escala e escopo***, fazendo com que a curva de custo seja sub-aditiva, ou exiba ***sub-aditividade***.

Economias de escala resultam em geral da existência de elevados custos fixos, isto é, de custos em que se tem de incorrer independentemente de quanto é produzido. Este é o caso, por exemplo, de um rodovia, que exigirá um alto investimento antes que o primeiro carro possa passar. As economias de escopo, por outro lado, refletem a existência de custos comuns à produção de mais um bem ou serviço. Por exemplo, uma empresa que faz o transporte ferroviário de passageiros e carga entre duas cidades pequenas deve ser capaz de oferecer os dois serviços a um custo mais baixo do que se eles fossem ofertados com a mesma freqüência separadamente por duas empresas distintas. Freqüentemente, a existência ou não de economias de escopo depende da forma que os serviços ou produtos são definidos. Por exemplo, se o fornecimento de eletricidade em voltagens diferentes são considerados serviços diferentes ou não.

Economias de escala e escopo estão presentes, tipicamente, em setores em que antes de se começar a operar se necessita fazer investimentos altos na instalação de redes físicas de distribuição, como telefonia fixa, ferrovias, rodovias, água, saneamento e distribuição de eletricidade. Particularmente nos casos em que essas redes têm alta capilaridade, em geral é socialmente ineficiente ter competição nesses setores, pois isso exigiria a duplicação dessas redes, implicando em elevado custo de capital. Quando isso ocorre, a exigência de que haja um número elevado de firmas no mesmo mercado, condição necessária para que o mercado seja competitivo, conflita com o objetivo de minimizar o custo de produção, que é exatamente uma das principais finalidades por se quer que haja competição.

Neste caso, o papel da regulação é buscar emular os resultados típicos de uma situação de competição, mesmo havendo um único produtor. Se o regulador tiver informação perfeita, basta para isso que ele mande a empresa operar com os custos, o preço, a quantidade e a qualidade ótimas, isto é, que prevaleceriam se houvesse competição. Em tese, é isso que acontece quando o mercado é servido por uma empresa estatal (Box 9.3).

Na prática, porém, mesmo quando a operadora é de propriedade do Estado, a assimetria de informação entre o regulador e a empresa é a norma. Em particular, o regulador é menos bem informado que a empresa sobre seus custos e a demanda por seus produtos. Por isso, é recomendável que ele deixe algumas escolhas para serem feitas pela empresa. Neste caso, o desafio regulador é usar a regulação aplicada à empresa para estabelecer incentivos que façam com que a empresa, ao usar o seu maior conhecimento sobre os seus custos e o mercado para maximizar seu lucro, opte por decisões que a levem a se comportar como se estivesse em um mercado competitivo. Em outras palavras, o objetivo da regulação em mercados "naturalmente" não competitivos é estabelecer incentivos que sejam compatíveis com a maximização do bem estar social. Como fazer isso é o tema da próxima seção.

9.2 A Regulação dos Monopólios Naturais

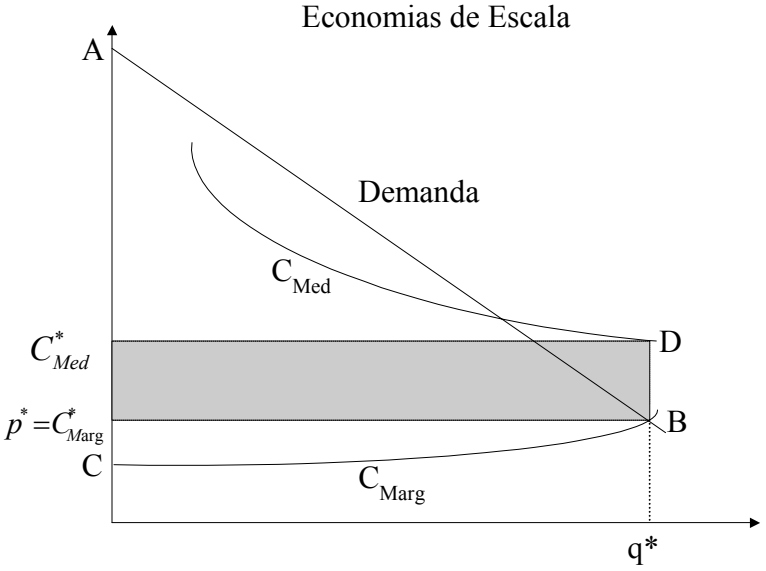
9.2.1 – Conceitos Básicos

Como visto acima, um mercado é um monopólio natural quando a tecnologia de produção é caracterizada por economias de escala e escopo dentro do intervalo relevante de demanda. Essa situação é ilustrada na Figura 9.2 para o caso de uma empresa que produz um único bem ou serviço. Como o custo médio de produção cai conforme a quantidade produzida aumenta, refletindo a presença de retornos crescentes de escala, sai mais barato ter uma única empresa ofertando, por exemplo, a quantidade q*, do que duas firmas produzindo cada uma q*/2.

Usualmente, devido à assimetria de informação, o regulador fixa o preço, mas deixa a empresa livre para definir como produzir. A questão então é em que nível fixar o preço, de forma a maximizar o bem estar social. Neste livro, usamos o excedente total como medida de bem estar social e, como se deduz da Figura, este é maximizado fixando o preço ao custo marginal $\left(p^* = C^*_{M\,\arg}\right)$, de forma que a quantidade produzida/consumida seja q*. Para q*, o benefício marginal da última unidade consumida é igual ao custo

marginal de produzir essa unidade, que é uma forma diferente de indicar que essa é a quantidade que maximiza o excedente total.[1] No jargão dos economistas, essa é a situação primeiro melhor, no sentido de que nela o bem estar social é maximizado.

Figura 9.2: Maximização do Bem Estar Social na Presença de Economias de Escala



O problema com esta solução reside em que, na presença de retornos crescentes (economias) de escala, o custo marginal é menor do que o custo médio, dado por C^*_{Med}, e como o preço de venda não cobre os custos ($p^* < C^*_{Med}$), a empresa amargará um prejuízo, dado na Figura 6.2 pela área do retângulo p*BDC^*_{Med}. A solução, nesse caso, seria o governo subsidiar a empresa. Isto é, o regulador fixa o preço em p* e governo transfere para a empresa o valor $q^*\left(C^*_{Med} - p^*\right)$, anulando o seu prejuízo. De uma ótica estritamente setorial, essa seria a solução ótima. De um ponto de vista mais geral, seria necessário comparar o benefício de maximizar o excedente total no setor em questão

[1] Observe que esta medida dá o mesmo peso para o lucro da empresa e o excedente do consumidor. O regulador pode, porém, usar como sua medida de bem estar social uma média ponderada dos dois, usualmente dando mais peso ao último do que ao primeiro. Também não se diferencia nesta medida o bem estar de consumidores diferentes, ainda que isso possa ser feito ponderando com pesos distintos o excedente de grupos de consumidores diferentes, por exemplo, de baixa e alta renda. Armstrong, Cowan e Vickers (1994) ilustram a aplicação desse princípio na Seção 2.1.

com a distorção causada na economia pelo imposto necessário para financiar o subsídio que o governo dá à empresa.

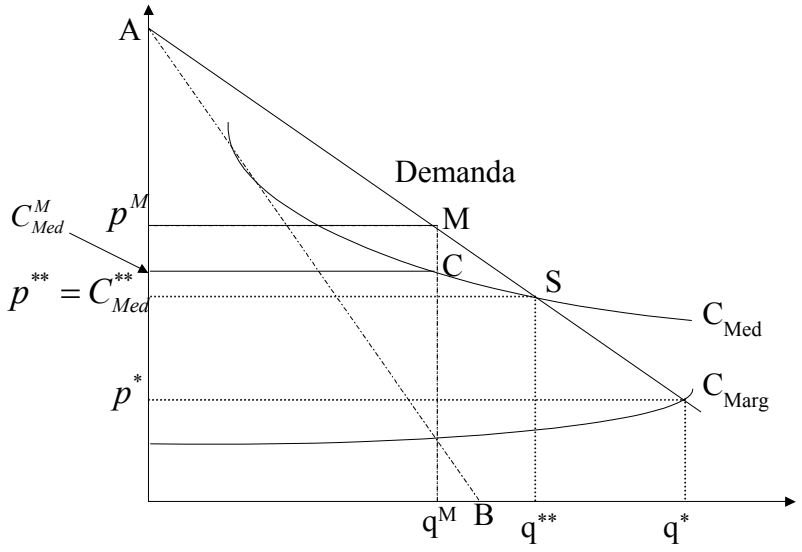
Uma forma em que esse subsídio pode ocorrer é tendo o setor público arcando com pelo menos parte dos custos fixos da empresa. Essa solução é adotada em alguns setores caracterizados por monopólios naturais, como ocorre no Brasil na concessão para o setor privado de rodovias, ferrovias, água e saneamento. A empresa privada opera os serviços cobrando uma tarifa que remunera os custos operacionais, mas não os custos de capital, que são implicitamente assumidos pelo setor público, que permanece dono dos ativos. Essa é uma solução que funciona na concessão de ativos já existentes, ou quando a empresa é de propriedade do Estado, caso em que os subsídios podem ocorrer na forma de aportes de capital. Mas é uma solução mais difícil de aplicar quando são necessários novos investimentos a serem feitos por uma empresa privada.

Assim, usualmente, até pela dificuldade de aprovar politicamente a transferência de recursos do governo para uma empresa (monopolista) privada, o regulador opta por uma solução segunda melhor, que é fixar o preço de forma a maximizar o bem estar social *sujeito à restrição de que a empresa não tenha prejuízo*. No caso de uma empresa que produz apenas um produto, esse resultado é obtido fixando um preço pelo produto igual ao custo médio de produção, sempre incluindo neste a remuneração do capital investido.[2] Na Figura 9.3, essa solução segundo melhor corresponde ao ponto S, com a quantidade consumida sendo q^{**}. Neste caso, a firma tem lucro zero e o excedente do consumidor é dado pela área do triângulo ASp^{*}.

[2] Quando a firma produz mais de um bem ou serviço, o conjunto de preços que maximizam o bem estar social, sujeito à restrição de que a empresa não tenha prejuízo, é dado pelos preços de Ramsey. Essencialmente, a diferença entre o preço de Ramsey e o custo marginal de cada bem será tão maior quanto menor for a elasticidade da demanda desse bem. Uma menor elasticidade corresponde na Figura 6.3 a uma curva de demanda mais vertical. Quanto mais vertical for essa curva, menos a demanda pelo bem cairá com um aumento de preços, de forma que a quantidade consumida q^{**} se afastará menos da quantidade ótima q^{*}. Esse método foi originalmente proposto por Frank Ramsey, um matemático e filósofo inglês, no contexto da aplicação de uma estrutura ótima de impostos. Ramsey fez contribuições importantes nas áreas de epistemologia, lógica, matemática, estatística, probabilidade, economia, metafísica e outras antes de morrer, em janeiro de 1930, um mês antes de completar 27 anos. Train (1991) discute a lógica e a derivação dos preços de Ramsey no seu Capítulo 4.

Esta situação é comparada na Figura 9.3 à que prevaleceria se o monopolista fosse deixado livre de regulação. O equilíbrio sob monopólio (não regulado) é dado pela condição $R_{M\arg} = C_{M\arg}$, sendo a receita marginal do monopolista dada pela reta $\overline{AB}$. Neste caso, ele maximiza o lucro cobrando um preço p^M e produzindo q^M a um custo médio C_{Med}^M, o que lhe rende um lucro dado pelo retângulo $p^M C_{Med}^M MC$, deixando para o consumidor um excedente dado pelo triângulo AMp^M. É imediato ver que o excedente total quando não há regulação, dado pela área do trapézio $AMCC_{Med}^M$, é menor do que quando esta é imposta buscando a maximização do bem estar social sujeito à restrição de lucro zero.

Figura 9.3: Maximização do Bem Estar Social com Economias de Escala e Empresa sem Prejuízo vs. Monopolista Não Regulado



Um modelo historicamente muito utilizado no Brasil e em outros países que funciona com base nesse princípio é o de regulação por taxa de retorno ou custo de serviço. Inicialmente, a empresa apresenta ao regulador todos os seus custos históricos com mão-de-obra, materiais, combustíveis, manutenção, impostos etc., e o valor do capital investido. O regulador então calcula o custo de capital da empresa aplicando sobre o valor atualizado dos seus ativos uma taxa de retorno "justa", que deve essencialmente

refletir a rentabilidade alternativa que a empresa poderia obter aplicando esses recursos em uma atividade com um mesmo nível de risco. Tecnicamente, essa taxa deveria variar entre setores e países e ao longo do tempo. No Brasil, na segunda metade do século XIX e início do século XX, ela era fixada em 6% em moeda forte (libras), isto é, com cláusula implícita de correção cambial. A partir de meados do século XX, onde as concessões (agora para empresas estatais) voltaram a ser comuns, utilizou-se comumente uma taxa de retorno de 12%, além da inflação, não muito acima da observada em outros países. Tanto num caso como no outro, a taxa era pré-fixada para todo o período da concessão.

Somando os custos incorridos pela empresa com a remuneração sobre o capital investido, o regulador obtém os custos totais, que devem ser cobertos pela cobrança de tarifas, de forma a satisfazer a condição de lucro zero. O desafio seguinte consiste em determinar a estrutura de tarifas dos vários bens e serviços fornecidos pela empresa. Em princípio, isto deveria ser feito repetindo para cada produto individualmente o procedimento descrito acima; isto é, obtendo os custos incorridos na sua produção e fixando a tarifa de forma a gerar uma receita de igual valor. A principal dificuldade neste caso consiste em alocar os custos comuns à produção de bens e serviços diferentes. Por exemplo, os trilhos de uma empresa ferroviária são utilizados tanto para transportar passageiros como carga. Como alocar a remuneração do capital investido na malha da ferrovia entre o transporte de passageiros e o de carga vai exigir algum tipo de arbítrio.[3] Adicionalmente, o regulador pode querer introduzir subsídios cruzados na estrutura de preços relativos, para proteger certos grupos de consumidores ou incentivar determinadas atividades. No Brasil, por exemplo, as tarifas do setor elétrico são estruturadas de forma a subsidiar os consumidores de baixa renda e o uso industrial

[3] Baumol e Sidak (1994, pp. 69-72) discutem essa questão no contexto do setor de telecomunicações. Esse é um tema particularmente importante quando se precisa definir a tarifa a cobrar de uma empresa pelo uso compartilhado das instalações de outra empresa. Por exemplo, uma empresa de transporte ferroviário que precise utilizar a malha de outra empresa. A forma como esses custos comuns são distribuídos também afeta o valo das tarifas pagas por diferentes consumidores.

de eletricidade, com a conta sendo paga pelos consumidores não-industriais de renda média e alta.

Periodicamente, em função da inflação ocorrida nos custos da empresa e da depreciação dos ativos, ou extraordinariamente, caso haja um aumento significativo de algum insumo relevante, que comprometa o equilíbrio econômico-financeiro da empresa, o regulador repete esse processo, ajustando as tarifas de acordo. Tipicamente, essa revisão tarifária ocorre uma vez por ano, e considera os custos incorridos pela empresa no ano anterior.

A regulação por taxa de retorno apresenta alguns problemas dignos de nota:[4]

(a) Ela não incentiva a empresa a se esforçar por reduzir os seus custos, já que uma eventual economia não reverterá para ela, mas para os consumidores, na forma de uma redução de tarifas. O resultado é uma perda de eficiência técnica.

(b) Os problemas de assimetria informacional entre o regulador e a empresa assumem grande importância, pois a determinação correta dos custos e da demanda torna-se central para a boa implementação desse tipo de regulação. Em geral há necessidade de uma negociação entre a empresa e o regulador sobre que custos devem ou não ser incluídos na base de cálculo.

(c) Quando, como é típico, a taxa de retorno incidente sobre o capital aplicado supera o custo de capital da empresa, esta tende a utilizar mais capital do que é ótimo do ponto de vista da sociedade. Também neste caso há necessidade de uma avaliação cuidadosa de que ativos devem se remunerados ou não. Por exemplo, deve o jato utilizado pelo presidente da empresa fazer parte do capital sobre o qual incidirá a taxa de retorno?

[4] Recomenda-se aos que quiserem se aprofundar neste tema a leitura do capítulo 1 de Train (1991), que analisa esses problemas de uma forma mais formal, mas ainda em um nível introdutório, com o recurso extensivo de gráficos.

Nas últimas décadas, o reconhecimento desses problemas motivou a substituição da, em certa época, onipresente regulação por taxa de retorno por outros mecanismos. Um deles é a regulação por teto de preço. A lógica inicial do processo é a mesma do método anterior: fixar uma tarifa que cubra exatamente os custos da empresa. Mas ao contrário do que ocorre na regulação por taxa de retorno, isso é feito olhando para os custos da empresa no período que está por vir, e não no que antecedeu a revisão tarifária. Além disso, em alguns países, como o Chile, por exemplo, sequer os custos efetivos da empresa são considerados, mas sim os custos de uma empresa teórica que operasse de forma eficiente. Portanto, a dependência da contabilidade da empresa e, conseqüentemente, os problemas de assimetria de informação são menos graves do que no caso anterior.

Outra diferença é que o teto de preço é fixado por prazos mais longos do que os intervalos entre revisões tarifárias na regulação por taxa de retorno, e esse prazo é exógeno – isto é, ele não é encurtado se a firma é bem sucedida em aumentar seus lucros. No Brasil, por exemplo, esses tetos são fixados por períodos variando entre cinco e oito anos. Nesse ínterim, quanto mais a empresa conseguir economizar em custos, maior vai ser o seu lucro. Por essa razão, esse mecanismo fornece incentivos muito fortes para que a empresa se esforce por ser eficiente. Além disso, na medida em que alguns dos insumos apresentem variações cíclicas de preços, o regime de teto de preço tende a resultar em uma menor volatilidade nas tarifas do que o por taxa de retorno.

Obviamente, se a empresa é bem sucedida em reduzir custos, isso significa que a curva de custo médio (C_{Med}) na Figura 6.3 é deslocada para baixo, fazendo com que o preço p^* originalmente fixado deixe de ser ótimo do ponto de vista alocativo. O correto nesse caso é que o preço caia, acompanhando os custos e viabilizando um aumento da quantidade consumida. Em casos em que é esperado que a empresa consiga reduzir seus custos no futuro, a regulação por preço de teto costuma embutir uma redução anual no valor real das tarifas. Isso é feito corrigindo anualmente as tarifas pela inflação

passada, descontado um fator X, que reflete a expectativa do regulador sobre o aumento médio anual de produtividade que a empresa irá alcançar. Note-se que, como esse fator independe do que a empresa efetivamente vai conseguir poupar, ele não elimina o incentivo da empresa por se esforçar em ser eficiente.

Outra diferença em relação à regulação por taxa de retorno é que o regulador apenas fixa um teto para a tarifa, podendo a empresa cobrar um preço inferior a ele. Usualmente, o regulador fixa um teto para uma cesta de serviços e tetos individuais para cada um desses serviços. A possibilidade de trabalhar com um preço abaixo do teto é mais relevante para serviços individuais do que para a cesta como um todo. Se a empresa cobrar para a cesta de serviços uma tarifa abaixo do teto, é porque o teto está muito alto. Já em relação aos serviços individuais, ela pode escolher cobrar um preço mais baixo para compensar um preço mais alto de outro serviço, no qual ela consegue maior rentabilidade. Essa maior flexibilidade faz com que neste regime as tarifas reflitam melhor os custos efetivos dos serviços e as suas elasticidades da demanda, no espírito dos preços de Ramsey, gerando em geral uma situação melhor do que quando o regulador fixa o preço de cada serviço, como no regime de regulação por taxa de retorno. A razão disso é que a empresa tem melhor informação sobre custos e demanda, e neste caso os seus interesses são compatíveis com os da sociedade.

Há duas críticas mais comuns ao sistema de teto de preço. Uma, é que a empresa acabe por ofertas serviços de baixa qualidade, na tentativa de reduzir custos e auferir um lucro mais elevado. Como há evidentemente um incentivo para que a empresa aja assim, a regulação por teto de preço precisa vir acompanhada de definições claras de detalhadas dos patamares mínimos de qualidade que serão tolerados. O regulador também necessita exercer uma fiscalização permanente do cumprimento desses requerimentos e impor sanções efetivas quando elas forem desrespeitadas. No sistema de regulação por taxa de retorno o problema é exatamente o oposto: de que, na tentativa de aumentar a base de remuneração do capital, a empresa invista em ativos caros, mas que tragam

poucos benefícios para os usuários, como, por exemplo, escritórios e outras instalações comerciais e administrativas luxuosas.

O segundo risco é que a empresa acabe com uma parte muito grande dos frutos do aumento de produtividade que ela venha a alcançar, transferindo-se uma parte menor para o consumidor. Isso é facilitado pelo receio do regulador de inviabilizar a operação da empresa e desestimular o investimento, o que o leva a ser conservador na fixação do termo X, que corresponde à taxa anual de redução no valor real das tarifas. No Brasil, praticamente todos os contratos de concessão assinados após a privatização de empresas de serviços públicos que passaram a ser reguladas pelo sistema de teto de preço tiveram esse fator X igual a zero no primeiro período entre revisões tarifárias. A possibilidade de ter um lucro muito alto se bem sucedida em reduzir custos, contrasta com a tendência das empresas solicitarem revisões de preços intermediárias caso estejam registrando prejuízos. De fato, no Brasil a Lei das Concessões garante às empresas o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o que lhe dá essa prerrogativa de solicitar um aumento de tarifas se estiver registrando perdas.

A preocupação com este último problema tem motivado a adoção dos regimes que tentam capturar os aspectos positivos dos regimes de regulação por taxa de retorno e teto de preço. A idéia básica desses regimes é garantir um compartilhamento mais explícito de riscos, sem sacrificar o incentivo para que a empresa se esforce por reduzir custos. Essencialmente, o método consiste em fixar uma meta para a taxa de retorno sobre o capital investido, por exemplo, 12%. Ganhos de eficiência ou pequenas quedas ou aumentos dos custos dos insumos que levem a taxa efetivamente obtida pela empresa para cima ou para baixo, dentro de um intervalo pré-fixado, por exemplo, entre 10% e 14%, não levam a revisões tarifárias fora dos períodos pré-determinados, que tenderiam a ser relativamente longos. Se a taxa efetiva de retorno ficar acima do teto desse intervalo, as tarifas serão parcialmente reduzidas, de forma a dividir esse ganho entre a empresa e os consumidores. Por exemplo, se a taxa efetiva ficar em 16% em um ano, no seguinte a tarifa será reduzida para que ela caia para 15%.

Na prática, a diferença entre esses regimes é menor do que sugere a sua versão estilizada. Assim, por exemplo, na regulação por teto de preço, o regulador tende a considerar, no momento da revisão tarifária, os resultados passados da empresa para determinar o fator X para o período seguinte. Da mesma forma, uma regulação por taxa de retorno que tenha intervalos entre revisões relativamente longos irá permitir à empresa ficar com os ganhos oriundos do seu ganho de eficiência nesse meio tempo.

9.2.2 – Regulação em Setores Verticalmente Integrados

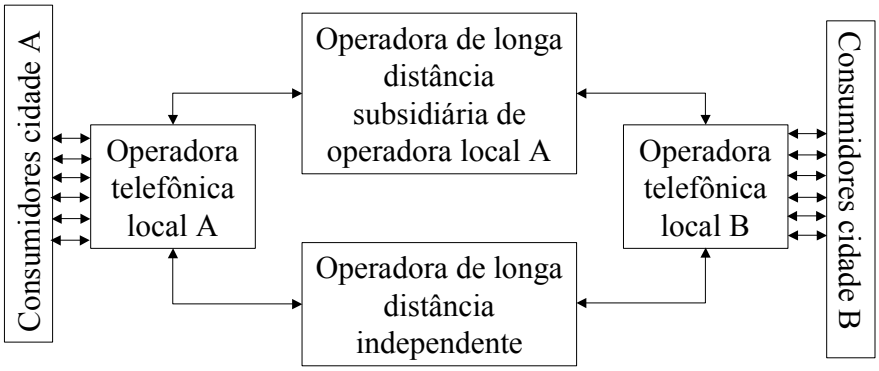
Os monopólios naturais são menos prevalentes do que em geral se pensa. Em particular, usualmente eles ocorrem apenas em certas atividades de um setor, normalmente aquelas que necessitam de investimentos em redes para poderem ser executadas, restando outros segmentos dentro do mesmo setor que podem em princípio funcionar como mercados competitivos. Há inúmeros exemplos disso. Por exemplo, a distribuição e a transmissão de energia elétrica são monopólios naturais, mas a geração não. O mesmo vale, respectivamente, para a telefonia fixa local e a de longa distância, ou a distribuição e a extração de gás natural. No setor de transportes, pode haver competição na operação de trens, ônibus e caminhões, ainda que as malhas ferroviária e rodoviária sejam monopólios naturais. Essas redes constituem insumos indispensáveis para que as empresas nos segmentos competitivos possam prover seus serviços, sendo por isso chamadas de ***instalações essenciais*** ou gargalos.

O que torna especial a situação desses segmentos competitivos é a ***relação vertical*** que há entre eles e o segmento que funciona como monopólio natural: não adianta gerar eletricidade se não há como fazê-la chegar ao consumidor, nem se ter caminhões ou trens se não se pode usar as estradas e as ferrovias. Uma versão estilizada do problema, aplicada ao setor de telecomunicações, é apresentada na Figura 6.4. A telefonia local, baseada em redes físicas que conectam as centrais telefônicas às residências e aos locais de trabalho dos clientes, é um monopólio natural. A telefonia de longa distância é um segmento cada vez mais competitivo, fruto do grande progresso

tecnológico nessa área nas últimas décadas. Mas, para poder operar, as empresas de longa distância precisam utilizar as redes locais para ter acesso aos clientes. O segmento competitivo não pode funcionar dissociado daquele em que há um monopólio natural.

Uma parte fundamental da regulação de monopólios naturais consiste em definir e acompanhar a sua relação vertical com os segmentos potencialmente competitivos. É papel da regulação fixar regras de interconexão e tarifas de uso da rede de outras empresas, mesmo quando o monopolista natural não opera verticalmente integrado. Na Figura 6.4, por exemplo, a operadora de longa distância vai precisar se interconectar com a rede da operadora local B e utilizá-la para alcançar os consumidores na cidade B. O regulador precisa garantir condições técnicas de interconexão, obrigar a operadora B a permitir o uso de sua rede e definir uma tarifa que a remunere por isso. Outro exemplo pode ser observado no setor ferroviário brasileiro. Por que a propriedade da malha é segmentada regionalmente, é possível, dependendo dos pontos de origem e destino da viagem, que o trem tenha de passar pelos trilhos de mais de uma companhia.

Figura 6.4: Monopolista Natural Verticalmente Integrado


Consumidores cidade A
Operadora telefônica local A
Operadora de longa distância subsidiária de operadora local A
Operadora de longa distância independente
Operadora telefônica local B
Consumidores cidade B

Essa situação levanta uma série de questões do ponto de vista da regulação. Por exemplo, como deve ser compensada a empresa que cede o direito de passagem por seus trilhos? A tarifa de acesso cobrada de quem usa os trilhos de outra empresa deve ser igual ao custo marginal de uso ou também remunerar parte do custo de capital? A resposta a essas perguntas, que já não é simples quando há uma separação vertical entre as empresas nos dois segmentos – como entre a operadora independente de longa distância e a Operadora Local B -- fica ainda mais crítica e complexa quando o monopolista natural atua verticalmente integrado no segmento competitivo – como a Operadora Telefônica A.[5] Neste caso, há uma assimetria entre a operadora verticalizada e suas concorrentes, e as regras de interconexão e acesso também têm de garantir isonomia competitiva entre elas.

Na definição de que modelo regulatório utilizar nesse caso, uma primeira questão diz respeito a se a competição deve ser um objetivo a perseguir nos segmentos em que ela é possível. Historicamente, a opção foi simplesmente deixar a empresa responsável pelo segmento monopolista também atuar isoladamente nos segmentos competitivos, ou lhe dando um monopólio legal, ou não a impedindo de criar barreiras à entrada de concorrentes. No Brasil, essa monopolização por extensão foi muito comum até os anos 1990.

Esta pode ser uma boa solução quando: (i) o regulador tiver dificuldade de regular a conduta do monopolista natural; (ii) este controlar instalações essenciais, tornando as empresas do segmento competitivo fornecedoras ou clientes cativas do monopolista; e (iii) os ativos no segmento competitivo tiverem um alto grau de especificadade. Neste caso, as empresas que podem se interessar por operar no segmento competitivo vão se recusar a investir com receio de que o monopolista natural haja oportunistamente, uma

[5] No Capítulo 7 de Baumol e Sidak (1994) encontra-se uma ampla discussão sobre a fixação das tarifas de acesso quando este é fornecido a empresas competidoras.

vez o investimento realizado. Na prática, pode ser mais fácil deixar as duas atividades para o monopolista.[6] Neste caso, todo o setor passa a ser regulado.

Em décadas mais recentes, tem havido uma reavaliação da efetiva capacidade do regulador controlar a conduta do monopolista, passando-se a dar mais ênfase à introdução da competição, como bem simbolizado peloo dizer de Kay e Vickers (1988, p. 287): "Competição aonde possível, regulação aonde necessário". Neste caso, a capacidade de competir depende do acesso das empresas aos usuários e, portanto, às redes controladas pelo monopolista. Na ausência de restrições regulatórias, o monopolista pode impedir a competição criando desvantagens para os seus concorrentes no mercado de serviços finais, dando-lhes um acesso em piores condições à sua rede. Neste caso, o domínio do segmento potencialmente pela monopolista natural pode resultar não da sua maior eficiência, mas da sua capacidade de tirar a competitividade dos seus rivais.

A questão, então, é como impedir que o monopolista natural use o controle destas instalações essenciais e o seu poder de mercado no segmento não competitivo para impedir que a competição floresça nos demais segmentos do setor. Há essencialmente duas formas de fazer isso. A primeira, conhecida como *regulação de conduta*, permite que o monopolista atue tanto no segmento não-competitivo como nos competitivos, mas impõe restrições à sua conduta para impedi-lo de criar desvantagens competitivas para os seus concorrentes nos segmentos competitivos. Na Figura 6.4, a "Operadora Telefônica A" é verticalmente integrada e o desafio do regulador é impedir que ela utilize seu controle sobre a telefonia local na cidade A para prejudicar seus competidores independentes na longa distância. A segunda forma, chamada de *regulação estrutural*, simplesmente impõe a separação vertical entre o segmento não-competitivo e os segmentos competitivos, combinada com restrições a que o monopolista atue nos

[6] Esse problema do consumidor cativo afeta setores diversos. Geradores de eletricidade e mineradores de gás natural, por exemplo, são inteiramente dependentes dos proprietários de linhas transmissão e gasodutos, e isso pode desencorajar seus investimentos, na ausência de uma forte regulação sobre o dono dessas instalações essenciais. Clientes das empresas ferroviárias cuja única via de escoamento da produção é a ferrovia também sofrem do mesmo problema. A integração vertical elimina esse problema.

segmentos competitivos. Na Figura 6.4, a "Operadora Telefônica B" é um monopolista verticalmente separado do segmento de longa distância.

A regulação de conduta é, quase por definição, bem mais difícil de implementar do que a estrutural, pois esbarra numa série de assimetrias de informação entre o regulador e o monopolista verticalmente integrado. Este sempre terá interesse em criar dificuldades para seus concorrentes, utilizando a sua informação superior e os mecanismos regulatórios, legais e políticos a seu dispor, com esse objetivo. O desafio principal do regulado é impedir isso, garantindo que os concorrentes da empresa verticalmente integrada tenham acesso às suas instalações essenciais em condições competitivamente isonômicas. Duas maneiras em que o regulador pode fazer isso é impondo diretamente a provisão de acesso em condições de preço e qualidade adequadas, e tornando o *unbundling* (desagregação) de serviços obrigatório.

Sendo os monopólios naturais em geral resultantes da existência de redes, a regulação de conduta deve garantir que a interconexão a essas redes seja possível por todos os concorrentes nos segmentos competitivos. Mas não basta garantir a interconexão. O acesso à rede tem de ocorrer de forma a permitir a efetiva competição. Para isso, o regulador deve garantir um equilíbrio entre o lucro obtido pelo monopolista quando provê o acesso para si próprio e o lucro que obtém vendendo esse acesso aos seus concorrentes. Em especial, a tarifa de uso da rede cobrada aos seus concorrentes não pode ser mais alta do que a que cobra implicitamente de si mesmo. A qualidade do acesso dado aos competidores também não pode ser pior do que para si próprio, nem a facilidade de acesso (por exemplo, na telefonia, o número de algarismos que o usuário final precisa discar) diferente. Todos também precisam ter igual acesso a informações sobre os usuários, pois a indisponibilidade de informações dificulta a briga pelo consumidor e pode inviabilizar a realização de projetos, ou levar a erros na sua concepção. Vale dizer, para viabilizar a competição, tarifas, qualidade e facilidade de

acesso precisam oferecer igualdade de condições entre o monopolista e seus concorrentes no segmento competitivo.[7]

O *unbundling* dos serviços providos pelo monopolista é uma boa alternativa quando um potencial competidor quer entrar no mercado oferecendo serviços especializados, para o qual não necessita de todo o pacote de serviços oferecido pelo monopolista. Por exemplo, uma empresa de transportes pode querer usar os trilhos de uma ferrovia, mas não os seus trens ou estações. Ou um gerador de eletricidade pode querer utilizar as linhas de alta tensão de uma distribuidora, para suprir consumidores industriais, mas não ter interesse no acesso a consumidores residenciais. Neste caso, o monopolista pode inviabilizar a especialização do competidor se recusando a prover o serviço individualizado que ele necessita. Ou cobrando uma tarifa proibitiva pelo esse acesso desagregado, a menos que o competidor compre todo o pacote de serviços que o monopolista oferece, alguns dos quais podem não lhe ser necessários. Por isso, ao impor o *unbundling*, o regulador precisa exigir que o monopolista forneça seus serviços de tal forma que a soma das tarifas dos serviços desagregados seja igual à tarifa cobrada pelo pacote de serviços.[8]

Às vezes a regulação de conduta preciso fazer mais do que só abrir o mercado e buscar condições isonômicas de acesso. Isso é particularmente verdadeiro quando o mercado é dominado por um incumbente verticalmente integrado, que controla instalações essenciais. Neste caso, além da dificuldade de efetivamente garantir um acesso a essas instalações em igualdade de condições, é preciso contrabalançar algumas vantagens competitivas de que goza a incumbente por ter entrado primeiro no mercado, por haver custos de mudança entre fornecedores e pela força da inércia no comportamento dos consumidores. Neste caso, o regulador deve não apenas defender, mas também

[7] Na prática, a assimetria de informação entre o regulador e o monopolista verticalizado torna muito difícil impor essa simetria de condições competitivas, com o resultado, em geral, de que as concorrentes não verticalizadas sofrem uma desvantagem competitiva.

[8] A única exceção a esta regra se daria se houvesse economias de escopo na prestação desses serviços, caso em que faria sentido econômico cobrar menos pelo pacote do que pela soma dos serviços individualmente. Dada a existência de severas assimetrias de informação em relação à existência ou não dessas economias, o ônus da prova de demonstrar a existência de economias de escopo deve caber à incumbente.

promover ativamente a competição, com o recurso à regulação assimétrica. No setor de telecomunicações brasileiro, essa é uma prática comum. Ela está por trás da diferença entre o regime de concessão de serviços públicos, que impõe uma série de obrigações ao concessionário, e o regime de autorização, em que a empresa tem maior liberdade de atuação, inclusive quanto à fixação de suas tarifas.

Frente a essas dificuldade, é possível constatar uma série de vantagens na regulação estrutural. Em particular, ela elimina o incentivo do monopolista natural de diferenciar o acesso dado aos vários concorrentes do segmento competitivo. Pelo contrário, como a demanda por seus serviços será tão maior quanto maior for a competição e o nível de atividade no segmento competitivo, o monopolista terá interesse em que ambos sejam tão grandes quanto possível, de forma a auferir maiores receitas e lucros.

Quando há integração vertical, toda a contabilidade do monopolista natural mais difícil de acompanhar, facilitando a transferência de custos entre os segmentos em que há e em que não há competição, inflando as tarifas no segmento caracterizado pelo monopólio natural e facilitando condutas anti-competitivas como o *price squeezing* e preços predatórios no segmento competitivo. A separação vertical torna a contabilidade do monopolista mais transparente, eliminando a possibilidade de que ele aloque contabilmente custos incorridos no segmento competitivo ao não competitivo. Esse é um dos fatores que simplificam o trabalho do regulador quando há separação vertical, pois este pode se concentrar no segmento não-competitivo e exercer uma regulação mais leve sobre as atividades em que há competição. Além disso, ao eliminar esse incentivo que tem o monopolista de negar acesso, a separação vertical permite que se adote uma forma mais leve de regulação também no segmento não competitivo, dando maior liberdade ao monopolista para utilizar suas melhores informações para operar mais eficientemente.[9]

[9] Uma detalhada discussão dessas questões pode ser encontrada em OECD (2001).

Por outro lado, uma vantagem potencial da regulação de conduta é a possibilidade de se efetivamente fomentar investimentos e competição em setores potencialmente competitivos, mas capital-intensivos e que exigem operações em grande escala. Por exemplo, no setor de telecomunicações brasileiro, com a separação vertical e posterior privatização das operações de telefonia local e de longa distância, concluiu-se que a maneira mais efetiva de gerar competição na longa distância seria permitindo às operadoras locais que se verticalizassem em direção a esse setor.

9.4 Sumário do Capítulo e Glossário

Assimetria de informação: Ocorre quando uma das partes em uma transação sabe mais sobre as condições em que se realiza a transação – por exemplo, as características de um bem ou serviço sendo transacionado -- do que a outra parte**.**

Economias de escala: Uma tecnologia de produção exibe economias de escala quando o custo de uma empresa produzir uma quantidade Q é menor do que o custo total de duas empresas produzirem quantidades $q_1 e q_2$ separadamente. Vale dizer, $C(Q) \leq C(q_1) + C(q_2)$, onde $Q = q_1 + q_2$.

Economias de escopo: Ocorre quando o custo de uma única empresa produzir quantidades Q^C *e* Q^L dois bens C e L é menor do que alocar toda produção de C a uma empresa e toda a de L à outra. Vale dizer, $C(Q^C, Q^L) \leq C(Q^C, 0) + C(0, Q^L)$.

Externalidade: Uma externalidade ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou a produção de uma empresa, afeta diretamente o bem estar de outra pessoa ou empresa que não é parte na transação. Ou sejam é uma cesta de bens ou serviços que é "fornecida" por uma agente econômico a outro, na ausência de qualquer transação econômica entre esses dois agentes relacionada a esse "fornecimento" (Spulber, 1989).

Externalidade de rede: Ocorre quando o bem estar de um agente ligado a uma rede (telefônica, de computadores, ferroviária etc.) é influenciado quando um novo agente se conecta a essa rede.

Ineficiência alocativa: Ocorre quando os diversos bens e serviços não são produzidos / consumidos nas quantidades ótimas, isto é, que maximizam o bem estar social.

Ineficiência técnica ou produtiva: Ocorre quando a produção não se dá ao menor custo possível ou quando uma quantidade insuficiente de recursos é despendida na busca de inovações de produto e processo.

Instalação essencial: São equipamentos ou edificações sem os quais é impossível produzir um bem ou serviço. Na doutrina legal americana, para que uma instalação seja considerada essencial ela deve satisfazer quatro condições: (a) o acesso a essa instalação é necessário para que uma empresa possa competir no mercado em questão; (b) essa instalação é controlada por uma firma dominante; (c) é impossível, na prática, reproduzir em condições razoáveis essa instalação; e (d) é possível para a firma que controla essa instalação prover acesso a ela para outras empresas.

Monopólio natural: Ocorre quando o custo é minimizado concentrando toda a produção de um conjunto de bens e serviços em uma única empresa, do que a distribuindo entre várias empresas. Diz-se que nesse caso a curva de custo exibe sub-aditividade.

Poder de mercado: Diz-se que uma empresa goza de poder de mercado quando ela é capaz de fixar seu preço acima do custo marginal. Tirole (1989, p. 284) observa que essa definição diverge daquela em geral usada pelos gestores públicos, que associam poder de mercado à capacidade de fixar um preço acima do custo médio, o que permitiria à empresa obter lucros supra-normais.

Regulação é uma regra ou conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou escolha das empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores. Sua aplicação é sustentada pelo poder de coerção do Estado. Normalmente, ela é definida e aplicada pelo poder público ou, por delegação, por entidades de classe.

Relação vertical: Diz-se que há uma relação vertical entre dois ou mais bens ou serviços intermediários quando eles são complementares na produção de um bem ou

serviço final. Por exemplo, em telecomunicações, os serviços providos pelas redes locais de dois municípios e pela infra-estrutura da operadora de longa distância são complementares na produção de uma ligação de longa distância entre esse dois municípios. Há, portanto, uma relação vertical entre a operadora local e a de longa distância.

Risco moral: Tem lugar quando uma das partes em uma transação não consegue observar o esforço que a outra parte faz ou fez para cumprir a sua parte no que ficou acertado entre elas. Por exemplo, quando se contrata um massagista ou um professor particular, é difícil avaliar se a qualidade dos serviços foi tão boa quanto se poderia esperar. Da mesma forma, quando a lei determina que o concessionário público pratique a modicidade tarifária, é difícil para o regulador avaliar se a empresa poderia estar se esforçando mais para baixar seus custos e, conseqüentemente, as tarifas.

Seleção adversa: Ocorre quando uma das partes em uma transação tem menos informação do que a outra sobre as condições em que essa troca se realiza. Por exemplo, quando um investidor vai comprar uma ação e não sabe se a empresa é de alto ou baixo risco. Ou quando o regulador precisa definir a tarifa de um serviço público e não sabe qual o custo da empresa para fornecer o serviço.

Sub-aditividade: Diz-se que nesse caso a curva de custo é sub-aditiva, ou exibe sub-aditividade quando o custo $C\left(Q^C, Q^L\right)$ de ter uma única empresa produzindo as quantidades $\left(Q^C, Q^L\right)$é menor do que o custo total $C\left(q_1^C, q_1^L\right) + C\left(q_2^C, q_2^L\right)$ de ter duas empresas produzindo $\left(q_1^C, q_1^L\right)$ e $\left(q_2^C, q_2^L\right)$, onde $q_1^C + q_2^C = Q^C$ e $q_1^L + q_2^L = Q^L$.

Referências

ARMSTRONG, Mark, Simon COWAN e John VICKERS, *Regulatory reform: Economic Analysis and British Experience*, MIT Press, 1994.

BANCO MUNDIAL, "New Tools for Studying Network Industry Reforms in Developing Countries: The Telecomunications and Electricity Regulation Database", 2004.

BAUMOL, Wiliam J. e J. Gregory SIDAK, *Toward Competition in Local telephony*, AEI Studies in Telecommunications deregulation, MIT Press, 1994.

COASE, Ronald H.; *The Firm, The Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988.

KAHN, Alfred; *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, Vol. 1, John Wiley, 1970.

KAY, J.A. e J. VICKERS, "Regulatory Reform in Britain", Economic Policy, Vol. 7, 1988.

LAFFONT, Jean-Jacques e Jean TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993.

NOVAES, Ana, "Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil", in Armando Castelar Pinheiro e Kiichiro Fukasaku (org.), *A Privatização no Brasil: O Caso dos Serviços de Utilidade Pública*, OECD-BNDES, 2000.

OECD, "Structural Separation in Regulated Industries", Report by the Secretariat, DAFFE/CLP, 2001

SAPPINGTON, David E. M., "Principles of Regulatory Policy Design", artigo preparado para subsidiar o World Development Report de 1994, publicado pelo Banco Mundial, mimeo, 1993.

SPULBER,Daniel F., *Regulation and Markets*, MIT Press, 1989.

TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1989.

TRAIN, Kenneth E., Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly, MIT Press, 1991.

VISCUSI, W. Kip, John M. VERNON e Joseph E. HARRINGTON, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 1995.

9.5 **Exercícios**

9.5.1. Tanto as agências de defesa da concorr6encia como as de regulação trabalham com o princípio de que o mercado competitivo, e não o laissez-faire absoluto, maximiza o bem estar social. Quais as diferenças mais importantes com que os dois tipos de agências aplicam esse princípio?

9.5.2 Para fazer uma obra na sua casa, você consulta um empreiteiro que oferece duas opções de modalidade de pagamento. Na primeira, você paga uma remuneração por dia de trabalho e uma taxa de administração de 5% sobre os materiais usados na obra, que ele ficará encarregado de comprar. Na segunda, faz-se um orçamento geral e acerta-se um preço fechado pela obra. Comente que tipo de resultados você esperaria quanto à duração, à qualidade e ao custo relativo da obra em cada caso. Relacione as suas observações com a regulação por taxa de retorno e teto de preço.

Resposta 9.5.2: Em princípio, no primeiro caso (orçamento aberto) a obra deve:

- Levar mais tempo para ser concluída, pois o empreiteiro estará sendo remunerado por dia, enquanto na outra modalidade de pagamento quanto antes ele concluir mais cedo poderá pegar outro serviço;

- Melhor qualidade de acabamento, pois usando materiais mais caros o empreiteiro obterá uma maior receita com taxa de administração, enquanto na segunda modalidade, quanto mais barato for o material utilizado maior será o seu lucro;

- Sair mais cara que o orçamento fechado.

A falta de incentivo para reduzir custos e, de fato, aumentar aqueles que impactam a sua rentabilidade é um traço comum com a regulação por taxa de retorno. A qualidade

dos serviços, por outro lado, deve ser a preocupação do regulador quando se utiliza instrumentos como o teto de preço.

Box 6.1: O que é regulação econômica?

O termo regulação econômica é aqui definido como sendo um conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou escolha das empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado. Em geral, a regulação é definida e aplicada diretamente pelo poder público, através de órgãos específicos, mas nem sempre é esse o caso. As atividades profissionais de médicos, advogados, engenheiros, contadores e muitas outras são reguladas por entidades de classe, por delegação do poder público. O mesmo ocorre as transações que ocorrem nas bolsas de valores e com as atividades das empresas de propaganda. Em uma federação, como é o caso do Brasil, a regulação é feita conjuntamente por União, estados e municípios. Em geral há uma divisão de tarefas entre esses três níveis de governo, mas também há casos em que ocorrem sobreposições.

Historicamente, a regulação era vista essencialmente como a substituição do mercado, vale dizer, da competição, pelo comando estatal, como principal mecanismo para garantir um bom desempenho da economia.[10] Hoje em dia reconhece-se que a regulação funciona de forma mais sutil, influenciando, mas dificilmente determinando com precisão, o comportamento dos agentes econômicos. O desafio, então, é usar a regulação para criar incentivos para que as empresas, os consumidores e os demais agentes econômicos, ao buscar o que consideram ser o melhor para cada um de si, tomem decisões que maximizem o bem estar social. E, como observa Ronald Coase, o "único meio de que o governo dispõe para fazer isso (aparte a exortação, que é usualmente ineficaz) é mudar a lei e a sua aplicação".[11] A regulação consiste, portanto, do conjunto de leis, regulamentos e procedimentos legais, e das instituições responsáveis pela sua aplicação, a que o Estado recorre para alterar os incentivos e

[10] Ver Kahn (1970).
[11] Ronald Coase (1988, p. 28).

restrições com que operam os agentes econômicos, buscando corrigir as ineficiências geradas por falhas de mercado.[12]

O tema da regulação é estudado, sob óticas complementares, pela economia, o direito e a ciência política. Os economistas se preocupam em geral com o estudo de setores sujeitos à regulação, analisando a forma em que esta influencia o comportamento dos agentes e como isso impacta o bem estar social. A questão principal para o economista é se a regulação específica em análise é eficiente ou não. Para o direito, por sua vez, a regulação é o resultado de restrições legais ao comportamento dos agentes, cuja origem, hierarquia e consistência interna são o resultado de processos por vezes completamente dissociados da lógica econômica. Além disso, todo o processo de aplicação dessas regras, por agências públicas e pelo judiciário, é parte integrante da abordagem do direito, ainda que essa seja uma área virtualmente ignorada pelos economistas. Para o cientista político, por sua vez, a regulação é, antes de tudo, o resultado de um jogo político entre grupos de interesse que buscam moldar a intervenção estatal em seu benefício.[13]

Sappington (1993) identifica quatro dimensões básicas em qualquer regulação: a função, o tipo, o escopo e a forma. A função da regulação diz respeito ao seu objetivo principal, que normalmente refere-se à falha de mercado que ela busca corrigir. Os dois tipos de regulação são a informativa e a impositiva. No primeiro caso, a regulação pode se destinar, por exemplo, a informar os consumidores sobre os males causados pelo consumo de um produto (e.g., o cigarro), no segundo caso, ela pode proibir a venda desse produto para determinados tipos de consumidores (e.g., crianças e jovens).

Outro exemplo é o que ocorre na indústria de informática, dada a preocupação do regulador de garantir a compatibilidade entre equipamentos e/ou programas de

[12] Nem sempre a lei ou a intervenção do Estado na economia têm esse objetivo. O Estado também exerce um papel redistributivo importante, através da coleta de impostos, da prestação de serviços sociais e de transferências compensatórias que buscam melhorar a qualidade de vida das pessoas pobres.
[13] A seção 1.1 de Spulber (1989) discute mais extensamente as abordagens dessas três disciplinas, contrastando as definições de regulação adotadas em cada uma.

diferentes fabricantes. Uma regulação informativa exigiria dos fabricantes que informassem as características de interface dos seus produtos, de forma que os consumidores não comprassem produtos que não fossem compatíveis com outros de que já dispõe. Uma regulação impositiva exigirá dos fabricantes que adotem certos padrões de interface para garantir a compatibilidade dos seus produtos com os de outras empresas. A principal diferença entre os dois tipos é o poder de escolha que é dado ao consumidor. A regulação informativa permite que este tome decisões bem informadas, atenuando o problema da assimetria de informação. A regulação impositiva faz a escolha pelo consumidor. Qual o melhor tipo de regulação vai depender, essencialmente, dos custos relativos do regulador e dos consumidores em coletar e processar as informações relevantes.

O escopo da regulação refere-se à extensão do controle e da supervisão que o regulador impõe à empresa. Por que as falhas de mercado são variadas, uma mesma empresa pode estar sujeita a um conjunto variado de regulações, ditadas por diferentes ministérios, agências públicas, governos estaduais e municipais. Estas podem englobar a estrutura do setor (regras de entrada e saída), a sua conduta econômica (por exemplo, o preço que pode ser cobrado) e social (segurança no trabalho, qualidade dos produtos etc.), e a precisão das informações que ela dissemina sobre seus produtos (por exemplo, data de validade) e suas finanças. Tipicamente, empresas prestadoras de serviços públicos são objeto de uma regulação abrangente, com controles sobre os preços e a qualidade dos serviços, a entrada de concorrentes etc. Em outros setores, como, por exemplo, o de alimentos, a regulação é parcial, controlando-se a especificação e as informações mínimas dos produtos, mas deixando-se os preços, a entrada de empresas e outras características do setor livre de controles.

Por fim, a forma compreende os procedimentos utilizados para desenhar e impor as regras que definem a regulação, a natureza dessas regras e se o regulador toma e impõe todas as decisões ou dá um grau de liberdade significativo para a entidade regulada. Há pelo menos seis formas diferentes de regulação:

- Comando e controle: o regulador define cada detalhe das ações que a firma deve tomar.

- Por incentivos: delega-se várias etapas do processo decisório para a empresa, que é recompensada em função do seu sucesso em atingir as metas estabelecidas pelo regulador.

- Potencial: nenhuma restrição é imposta a menos que o desempenho da empresa seja considerado insatisfatório, usualmente em função de um critério pré-definido.

- Reativa: primeiro a empresa regulada propõe ou executa uma certa ação, e depois o regulador a aprova ou não.

- Pró-ativa: o regulador especifica de antemão que ações são permitidas e quais estão proibidas.

- Delegada: o poder de regular é delegado para os agentes regulados.

Muito do processo de reformas das últimas décadas envolveu a passagem de uma regulação impositiva, abrangente e de comando e controle para outra mais informativa e parcial e menos intervencionista.

Box 6.2: Seleção adversa e risco moral

Alguns dos primeiros estudos sobre os problemas de seleção adversa e risco moral versavam sobre o setor de seguros. Não é difícil entender porque esses problemas são tão relevantes neste caso. Suponha que há dois tipos de donos de carros, os de baixo risco, que guardam seus carros em garagens seguras, e os de alto risco, que deixam seus carros estacionados na rua. A empresa de seguros oferece um seguro contra roubo a um determinado preço. Obviamente, esse seguro interessa mais aos clientes de alto risco do que aos de baixo risco, pois estes sabem que a chance de terem seu carro roubado não é grande. Como a seguradora não consegue distinguir entre um cliente de baixo e outro de alto risco, ela vai tender a ter mais clientes arriscados do que seguros. Como o prêmio do seguro depende da freqüência com que os carros são roubados, essa composição da clientela vai jogar o prêmio do seguro para cima e afugentar ainda mais os clientes seguros. No limite, apenas os clientes de alto risco vão se interessar por comprar o seguro. Assim, vai haver um processo natural de seleção, mas uma seleção que é adversa do ponto de vista da seguradora. Ela resulta da assimetria de informação que existe entre o cliente, que sabe se é de baixo ou alto risco, e a empresa, que não sabe.

Assuma, agora, que a probabilidade de uma pessoa ter o carro roubado depende do cuidado que ela toma em parar em lugares seguros, usar alarmes e trancas etc. Quando o dono do carro não tem seguro, ele toma muito cuidado. Já se o carro está no seguro, a pessoa vai relaxar, pois se o carro for roubado quem vai ter o prejuízo não é ela, mas a seguradora. Obviamente, o prêmio de seguro vai ter de refletir esse menor esforço do dono do carro em prevenir o roubo. Em equilíbrio, as pessoas não tomam nenhum cuidado, e o prêmio de seguro é alto para refletir esse fato. Trata-se de um equilíbrio ruim, já que há mais roubos e paga-se mais seguro do que seria socialmente ótimo. O problema resulta do fato de que, como a seguradora não tem como avaliar esforço feito pelo dono do carro, ela não tem como premiar os que têm mais cuidado com um

prêmio de seguro mais baixo. Por outro lado, como o segurado não ganha nenhuma recompensa por ter cuidado, ele também não se esforça para prevenir o roubo.

Obviamente, esta é uma simplificação da realidade. Na prática, as empresas de seguro usam mecanismos para procurar identificar os clientes de baixo risco e oferecer-lhes seguros mais baratos – olhando idade, se tem garagem ou não, etc. – e estimular a todos a se esforçar para prevenir o roubo – usando franquias, para dividir o prejuízo com o dono do carro, e cobrando menos dos que usam sistemas anti-furto e um bom histórico. Neste primeiro caso, o segredo é não tratar como iguais os que são diferentes. No segundo caso, os mecanismos utilizados serão tão mais eficientes quanto melhor eles forem capazes de fazer com que o que é bom para a seguradora, também seja bom para os segurados.

Box 6.3: O Problema de Agência

Diz um velho ditado que se você quer alguma coisa bem feita, é melhor fazê-la você mesmo. Provavelmente poucos discordariam dessa afirmação Ocorre que nem sempre é possível para a própria pessoa fazer tudo, nem é usualmente recomendável. Um dono de uma empresa grande, com filiais em mais de uma cidade, necessariamente terá de depender de outros para ajudá-lo a administrar a empresa e produzir. Além disso, os ganhos que a sociedade pode obter com a especialização do trabalho são muito grandes, sendo uma das pedras fundamentais do pensamento econômico. Não é à toa que a humanidade progrediu tanto depois que a economia deixou de ser organizada em unidades familiares auto-suficientes e passou a contar com dentistas, advogados, engenheiros, gestores e muitos outros trabalhadores especializados. Em geral, é melhor ter alguém melhor informado sobre a situação fazendo o trabalho para você do que tentar fazê-lo você mesmo.

Se não dá para você fazer tudo, como conseguir que quem você contrata para fazer o serviço para você faça aquilo que você considera apropriado? Esse é o problema de agência. Nesse caso, usando o jargão econômico, você é o principal, a pessoa que quer alguma coisa que terá de ser feita por outra, e esta pessoa é o agente. O problema é complicado pela assimetria de informação que é usual nesses casos, seja pelo maior conhecimento que o agente tem sobre a questão, que pode ter sido a razão por que ele foi contratado, ou a dificuldade que tem o principal de monitorar o que faz o agente.

Considere o caso de um advogado que precisa fazer uma obra em sua casa para consertar um vazamento. Em geral ele estará melhor contratando um pedreiro para fazer isso, enquanto ele trabalha em seu escritório. É razoável esperar que o advogado queira que a obra seja feita nos menores prazo e custo possíveis. É de se esperar que custo e prazo dependam do esforço do pedreiro, mas também de fatores imponderáveis, como o estado do cano de água, o custo e a disponibilidade dos materiais utilizados na obra etc. E, se a obra sair cara e demorada, é difícil para o advogado saber se isso ocorreu porque o pedreiro não esforçou ou devido a condições fora do seu controle.

Não é difícil perceber que em uma economia que funciona com uma grande divisão do trabalho, essa é uma situação muito comum. Os acionistas dependem dos gestores para que a sua empresa dê lucro, o lojista dos vendedores para que as vendas sejam recompensadoras, e assim por diante. O desafio do principal, nesse caso, é como estabelecer uma regra de recompensa para que o agente se esforce, como o principal faria, mesmo não sendo este capaz de observar o nível de esforço do agente.

Por exemplo, se o advogado pagar ao pedreiro uma taxa fixa por dia de trabalho e mais uma comissão sobre o valor do material comprado, a obra provavelmente se estenderá por mais tempo e sairá mais cara do que se ambos acertarem um preço total para a obra qualquer que seja o tempo que o pedreiro leve para encerrá-la e os materiais que ele necessite. Diz-se, neste caso, que o segundo tipo de contrato (preço fixo) é mais potente que o primeiro, pois alinha melhor os interesses do advogado e do pedreiro, no caso, que a obra acabe o quanto antes e custe o mínimo possível. Diz-se que um mecanismo que o principal usa para orientar a ação do agente apresenta “compatibilidade de incentivos” quando ele torna os objetivos do agente consistentes com os do principal.

O problema, neste caso, é que todo o risco fica com o pedreiro. Assim, se for necessário comprar algum material caro, ele poderá terminar o trabalho tendo um prejuízo. A menos que o advogado aceite pagar um preço muito alto pela obra, caso em que pagaria demasiadamente ao pedreiro, se este não tivesse de comprar materiais caros. Neste caso, a melhor solução provavelmente seria o advogado pagar um preço fixo pelo serviço de mão de obra e reembolsar o pedreiro pelo custo do material, exercendo algum monitoramento mínimo para ter certeza de que este não está gastando desnecessariamente com materiais. Assim, o principal divide com o agente os riscos do negócio, ficando com aqueles que estão fora do controle do agente e deixando com estes os que dependem mais diretamente do seu esforço.

A relação entre o regulador e um monopolista natural se encaixa nessa classe de problemas. A empresa tem mais informação que aquele sobre o negócio e é melhor para o regulador deixar com ela uma série de decisões operacionais. Ocorre que o regulador só observa os resultados finais – o volume de vendas, as receitas e os custos – mas não tem como separar o que resultou do esforço da empresa em minimizar custos e o que foi fruto de aspectos aleatórios, como o tamanho da demanda, quebras de equipamentos etc. O desafio do regulador, o principal, é estabelecer um modelo regulatório que torne os objetivos da firma, o agente, consistentes com os seus, isto é, que levem à compatibilidade de incentivos. Dessa forma, ele pode esperar que a empresa use sua informação superior para fazer o que é melhor do ponto de vista social, mesmo que o regulador não tenha como observar o que a empresa está fazendo. Quanto mais potente for esse mecanismo de incentivo, mais alinhado estarão os objetivos do regulador e da empresa.

BOX 6.4: TARIFAS MULTI-PARTIDAS

Até aqui, tratamos a tarifa cobrada pela empresa como sendo um único preço. Na prática, uma tarifa é uma fórmula, às vezes complexa, que determina quanto deve ser pago pelo consumo de uma determinada cesta de bens e serviços fornecidos pela empresa. As tarifas que cobram por componentes distintos do serviço prestado são chamadas de multi-partidas. Essas tarifas permitem aumentar a eficiência alocativa, sem a necessidade de subsidiar o monopolista natural. Tarifas multi-partidas também são usadas para criar subsídios cruzados entre diferentes grupos de consumidores.

Uma tarifa multi-partida típica é a que separa o serviço de acesso à rede do seu uso propriamente dito. No setor de telefonia, por exemplo, a tarifa paga por um usuário é a soma da assinatura (acesso) com o produto do número de minutos falados pela tarifa por minuto (uso). Quando a demanda por acesso é fixa – isto é, totalmente inelástica ao preço, no intervalo relevante de preço – pode-se gerar uma situação primeiro melhor cobrando uma tarifa de uso igual ao custo marginal (eficiência alocativa) e estabelecendo uma tarifa de acesso tal que a empresa tenha lucro zero. Quando a demanda por acesso for sensível ao preço, a melhor solução é tratar acesso e uso como dois serviços diferentes e usar os preços de Ramsey para definir as tarifas cobradas por um e outro. Isso resultará em uma tarifa de acesso (uso) mais alta (baixa) do que na situação anterior.

O principal problema com essa solução é que uma tarifa elevada de acesso pode torná-lo caro demais para pessoas de baixa renda. Particularmente na presença de externalidades de rede, essa barreira pode não ser considerada uma solução socialmente desejável, indo de encontro ao objetivo de universalização do acesso, que é comum na regulação de serviços públicos no Brasil. Isso também ilustra o fato de que os consumidores não são todos iguais e que, portanto, as elasticidades-preço médias que norteiam a fixação das tarifas de acesso e uso pela regra de Ramsey podem gerar distorções.

Uma solução mais eficiente, neste caso, seria ter não um par de tarifas de acesso e uso, mas um menu de alternativas. Os consumidores que usam pouco o serviço provavelmente prefeririam planos com baixas tarifas de acesso, mesmo que pagando mais pelo uso. Para os que usam mais, o acesso mais caro seria compensado por uma tarifa mais baixa de uso. Esquemas assim são comuns na telefonia móvel celular, em que o sistema pré-pago, que funciona com tarifa de acesso nula e um custo relativamente alto pelo uso, é extremamente popular entre as pessoas de baixa renda.

No caso da telefonia celular, estes menus de tarifas permitem aos consumidores que utilizam mais o serviço pagar um custo médio mais baixo por minuto de uso. Uma fórmula para se implementar um menu de tarifas com características semelhantes é adotando uma tarifa em blocos declinantes. Como numa escada que desce, nesta tarifa o consumidor paga um montante y_1 por minuto de uso para cada um dos primeiros x_1 minutos de uso, uma tarifa y_2 ($<y_1$) por minuto de uso para cada um dos x_2 minutos seguintes e assim por diante, podendo-se chegar a um último patamar em que a tarifa de uso é próxima ao custo marginal. Neste caso, pessoas que usam pouco – e que, portanto, deveriam estar menos dispostas a pagar por acesso - pagam um custo mais elevado por minuto, enquanto as que usam mais pagam na margem uma tarifa próxima ao custo marginal, funcionando a

diferença entre este e a tarifa de uso para patamares mais baixos de consumo como uma tarifa de acesso.

Ainda que uma tarifa em blocos declinantes seja a melhor forma de promover a eficiência alocativa, na prática esta é por vezes sacrificada em prol do objetivo de estabelecer-se subsídios cruzados entre consumidores de alta e baixa renda. Com esse fim, utiliza-se freqüentemente uma tarifa em blocos crescentes, que é como uma escada que sobe: quanto mais alto o consumo, maior o custo médio por unidade consumida. Neste caso, o nível de consumo funciona como um indicador de renda. No Brasil, tarifas com essa forma são comuns no fornecimento de energia elétrica para fins residenciais, por exemplo.

Tarifas multi-partidas são, portanto, bastante comuns na cobrança de serviços públicos. Que tarifa utilizar irá depender do objetivo que se tem em mente, e também da disponibilidade e custos dos medidores de consumo. O setor de telecomunicações é particularmente bem dotado tecnologicamente para oferecer esses menus de tarifas, que permitem ao consumidor escolher uma tarifa mais bem ajustada às suas preferências. Em outros setores, como água e eletricidade, isso é menos comum, prevalecendo em geral tarifas em (poucos) blocos.

Box 6.6: Competição ou Regulação?

Na presença de um monopólio natural, o bem estar social pode ser melhor servido deixando o mercado ser atendido por uma única empresa, desde que sob supervisão e controle de um regulador. Desta forma, se poderia aproveitar as economias de escala e escopo para produzir a um custo mais baixo do que seria possível em um mercado competitivo. O regulador, por seu turno, se incumbiria de coibir o uso do poder de mercado pelo monopolista, estimulando-o a operar a baixo custo e com tarifas que maximizem o excedente total, condicionado à restrição de que a empresa possa sobreviver sem subsídios públicos.

Na prática, porém, a escolha entre competição e monopólio regulado é menos óbvia do que sugerido acima, devido à existência de falhas regulatórias – sob a forma de assimetrias de informação e reguladores motivados por objetivos outros que não apenas a maximização do bem estar social -- que podem comprometer o desempenho do regulador e o resultado final em termos de bem estar social. Por exemplo, se houver uma elevada assimetria de informação, o regulador pode ser obrigado a fixar uma tarifa muito acima do custo médio, por receio de que uma tarifa mais baixa torne a empresa inviável. Assim, como observa C. D. Foster (1992, p. 145):[14]

> "Sob a pressão da competição, as empresas revelam mais fatos sobre os seus custos do que jamais seria possível delas extrair por lei ou regulação; elas irão reduzir seus custos a um mínimo por receio de que de outra forma percam mercado para as rivais; para ficar no mercado elas precisarão planejar melhorias anuais de produtividade para pelo menos igualar as de seus competidores, ou então sua rentabilidade pode evaporar a curto prazo; e elas vão inovar mais e haverá bens e serviços mais diversos ... Em contraste, a regulação é uma atividade difícil, imperfeita, e freqüentemente cara, que consome tempo e é ineficaz, facilmente passando da economia para a política."

Assim, apesar de a competição poder levar ao sacrifício da eficiência produtiva, ela pode ser mais eficaz em promover a eficiência alocativa e a inovação tecnológica. Isso levou Armstrong, Cowan e Vickers (1994), a comparar a competição com um agente bem informado cujo objetivo é imperfeitamente alinhado com o bem estar social, em contraste com o regulador bem-intencionado, que seria um agente imperfeitamente informado cujo objetivo é perfeitamente alinhado com o bem estar social. Qual a melhor opção acabará dependendo do grau de assimetria informacional, do risco de captura do regulador e da extensão em que a tecnologia de produção se caracterizar pela presença de economias de escala e escopo. No passado, a regulação prevaleceu absoluta, mas hoje em dia os benefícios da competição vêm sendo mais valorizados. De fato, toda a reforma regulatória no Brasil foi baseada no princípio de que se deveria introduzir tanta competição quanto possível nos serviços públicos.

[14] C. D. Foster, Privatisation, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly, Blackwell, 1992.

Em determinadas situações, por outro lado, pode ser possível obter alguns dos benefícios da competição sem grande sacrifício em termos de eficiência técnica. Para isso se recorreria à competição entre um número grande de firmas que poderiam potencialmente servir um determinado mercado, mesmo que, na prática, apenas uma delas efetivamente o faça. Uma proposta neste sentido foi feita originalmente por Demsetz (1968), que sugeriu que em lugar da regulação se fizesse um leilão do direito de ser monopolista, com a concessão do monopólio natural sendo dada à empresa que oferecesse cobrar a menor tarifa. Em um leilão competitivo, ganharia a empresa com custos mais baixos, que se ofereceria para cobrar uma tarifa igual ao custo médio, garantindo uma solução eficiente, a despeito da assimetria de informação entre regulador e empresa.

Williamsnon (1976) mostrou que a eficácia desse mecanismo diminui quando este é aplicado a serviços complexos, em situações em que pode haver mudanças significativas na demanda ou nos custos de operação, pela dificuldade de quando do leilão se redigir contratos completos que cubram todo o período de concessão. Ele também é mais eficiente na primeira vez em que a concessão é leiloada do que quando tem de ser renovada, devido à assimetria que passa a existir entre a incumbente e os demais interessados na concessão. Além disso, se para operar a concessão a empresa tiver de fazer investimentos específicos elevados, a tendência é que haja menos investimento do que seria ideal ou que haja pouca competição na renovação da concessão.

O leilão de concessão é, porém, uma alternativa interessante quando esta envolver serviços simples de definir, que não envolvam grandes investimentos afundados e em setores relativamente maduros como saneamento e rodovias, onde o progresso técnico é bem mais lento Por exemplo, esse método foi utilizado com relativo sucesso na concessão de rodovias no Brasil, em que se exigia do concessionário a reabilitação, manutenção e operação das rodovias, de acordo com critérios pré-especificados, em troca da cobrança de um pedágio, a ser ajustado anualmente de acordo com a inflação.

Outra proposta, também baseada no princípio da competição potencial, é a de mercado contestáveis, isto é, em que a entrada e a saída de firmas possa ser feita rapidamente e sem custos. Baumol, Panzar e Willig (1982) formalizaram esse conceito de competição entre potenciais produtores, na sua teoria da contestabilidade, mostrando que a ameaça de entrada de novos competidores irá regular efetivamente o monopolista. Se a entrada e a saída é possível sem custo, o monopolista terá de trabalhar com lucro econômico zero, ou outra firma entrará e lhe roubará o mercado. Ou seja, o regulador pode induzir uma conduta socialmente ótima pelo monopolista natural simplesmente deixando a entrada de novos competidores no setor completamente livre.

Na prática, dificilmente se observam as condições para que haja contestabilidade, particularmente nos setores de serviços públicos, caracterizados por elevados investimentos específicos, mas seus defensores defendem que esses princípios podem ser usados para guiar a definição da regulação. Uma dessas ilações, por exemplo, é de que quanto maiores forem as ***barreiras à entrada*** e/ou à saída, mais facilmente o monopolista poderá se afastar de uma solução ótima do ponto de vista social.

A competição por comparação seria outra forma de reduzir os problemas causados pela assimetria de informação entre regulador e empresa. Neste caso, a recompensa do monopolista operando em um mercado – por exemplo, São Paulo – dependerá não do seu desempenho absoluto, mas em comparação ao de outras empresas operando em outros mercados. Uma variante desse método é comparar o desempenho do monopolista com o de uma empresa virtual, que operasse eficientemente nas mesmas condições de mercado, conforme critérios definidos por engenheiros, economistas, etc. O principal *insight* da regulação por competição é que a assimetria de informação entre empresa e regulador pode ser reduzida comparando-se monopolistas em mercados diferentes, como que emulando uma competição entre elas, que sirva para reduzir o seu monopólio de informação e as rendas daí derivadas.

Para haver competição nos setores de serviços públicos em geral não basta liberar a entrada de novos participantes no mercado, pois as empresas incumbentes gozam de vantagens competitivas sobre eles que lhes permitirá barrar a entrada desses novos entrantes. Em particular, (a) elas já atuam no mercado há muitos anos, sendo conhecidas pelos consumidores, todos até então seus clientes; (b) os consumidores têm de incorrer custos para trocar de fornecedor, e (c) precisam vencer a inércia que em geral caracteriza o seu comportamento. Assim, para que haja efetivamente competição o regulador precisa compensar essas desvantagens, em geral assistindo os novos entrantes com mecanismos assimétricos de regulação.

Uma forma relativamente polêmica de competição em serviços públicos é o chamado ***cream skimming***, que consiste na estratégia de um novo entrante de competir apenas nos segmentos mais lucrativos (a nata) do setor. Essa pode ser uma competição benéfica, já que aproxima os preços dos custos e aumenta a eficiência alocativa. Mas, com freqüência, essa prática ocorre quando o regulador estabelece subsídios cruzados entre diferentes grupos de consumidores, de forma que o preço acima dos custos em um segmento serve para subsidiar a tarifa de outros consumidores. Por exemplo, até as reformas dos anos 1990, as tarifas cobradas em ligações de longa distância internacional no Brasil eram muito altas, de forma a subsidiar a telefonia local. Conforme a tecnologia evoluiu, várias empresas no exterior começaram a oferecer serviços mais baratos através do sistema de *call back*,[15] minando a viabilidade desse sistema de subsídios cruzados. Por comprometer a capacidade do regulador de criar subsídios cruzados entre diferentes consumidores, essa prática é às vezes proibida.

[15] No *call back*, o consumidor ligava, por exemplo, para os Estados Unidos, e um computador de lá ligava de volta e estabelecia a ligação desejada, invertendo o sentido da ligação.

CAPÍTULO X: A REGULAÇÃO SETORIAL NA INFRA-ESTRUTURA

10.1 Telecomunicações

10.2 Energia elétrica

10.3 Transportes

10.4 Água e saneamento

10.5 Glossário

10.6 Sugestões de leituras

10.1 A Regulação das Telecomunicações

Histórico

O Brasil foi um dos primeiros países a contar com serviços telefônicos, trazidos para o país por Dom Pedro II. A primeira concessão, cobrindo as cidades do Rio de Janeiro e Niterói, foi feita em 1875 à então recém-criada Companhia Telefônica do Brasil (CTB), controlada por investidores americanos. Nas décadas seguintes, outras concessões, majoritariamente para a exploração de mercados locais, seriam dadas a empresários brasileiros e estrangeiros, tanto pelo governo central como por estados e municípios, que entre 1881 e 1890 dividiram o poder concedente no setor. Nas décadas seguintes, o setor se expandiu de forma pouco coordenada, ficando a regulação pública restrita a fazer concessões e controlar as tarifas.

No início dos anos 1960, o setor padecia de problemas sérios, vários deles resultantes da falta de uma regulação pública mais ativa e da tendência às tarifas serem corrigidas abaixo da inflação, o que levou as empresas a reduzirem seus investimentos. O setor operava de forma bastante concentrada, dominado pela CTB, que detinha 62% do mercado de telefonia fixa do país, incluindo as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Apesar disso, havia mais de 1000 companhias e serviços telefônicos em operação no Brasil, 256 dos quais no estado de São Paulo. Essas empresas atuavam com pequenas escalas e tecnologias diferentes, freqüentemente incompatíveis entre si, servindo exclusivamente às áreas urbanas, onde a concentração demográfica reduzia os custos de operação. Em particular, havia poucas linhas de longa distância.

Foi nesse contexto que se introduziu o primeiro marco regulatório abrangente do setor, o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT, Lei 4117, de agosto de 1962) e sua regulamentação, fixada pelo Decreto 52026, de maio de 1963. O CBT estabeleceu uma sobretaxa de 30% sobre as tarifas de telecomunicações – que seria utilizada para financiar o Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT) -- e determinou que todos os serviços de longa distância deveriam ser prestados pela União. O CBT também autorizou a criação de uma empresa estatal, a Embratel (criada em 1965), que ficaria responsável por operar a telefonia de longa distância no país e cujos investimentos seriam financiados pelo FNT. A telefonia local, por sua vez, ficou sob a responsabilidade dos estados e municípios, que poderiam operar esses serviços diretamente ou através de concessão.

O CBT também criou uma agência reguladora nacional, o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel), a quem caberia estabelecer as regras para o setor – em particular, quanto a padrões técnicos, ***interconexão*** e tráfego mútuo – de forma a racionalizar e garantir a conectividade do sistema. Em especial, as concessões estaduais e municipais deveriam respeitar as regras fixadas pelo Contel. Este também era responsável por fixar as tarifas de cada empresa – determinadas com base em uma regulação por taxa de retorno – e a repartição de receitas em serviços que utilizavam as redes de mais de uma companhia.

Nos anos seguintes, o setor e o controle da União sobre ele cresceram rapidamente. Com os recursos do FNT, a Embratel desenvolveu rapidamente os serviços de longa distância. Em

1966 ela adquiriu a CTB, passando a controlar os serviços de telefonia local nas principais cidades brasileiras. Muitas outras operadoras locais foram absorvidas depois disso, particularmente a partir da criação da Telebrás, em 1972, a quem a legislação concedeu o poder de desapropriar os ativos de empresas privadas. Tornando-se proprietária de quase todo o setor de telecomunicações, a União lhe imprimiria um forte ritmo de expansão, ao mesmo tempo em que garantia a homogeneidade dos padrões técnicos e permitia uma melhor exploração das economias de escala e escopo que caracterizam o setor.

A Telebrás operava essencialmente como uma monopolista auto-regulada, com pouca interferência do Contel ou do Ministério das Comunicações, a quem esse ficou subordinado a partir de 1967. Esta situação começou a mudar, para pior, na segunda metade dos anos 1970. Inicialmente, as tarifas de telecomunicações passaram a ser controladas pelo Ministério da Fazenda, que freqüentemente as fixava com base em critérios dissociados da regulação setorial, como o controle da inflação. O Ministério do Planejamento também passou a controlar as despesas e os investimentos da empresa, dentro do processo de elaboração do Orçamento da União, tendo como foco principal o esforço de ajuste fiscal. As próprias decisões gerenciais da Telebrás passaram a ser objeto de um número crescente de regulações, refletindo a sua condição de empresa estatal.

O domínio do setor público sobre as telecomunicações foi sacramentado legalmente pela Constituição de 1988 (Artigo 21), que determinou competir à União "explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações". Já nessa época, porém, o modelo estatal apresentava problemas sérios. De um lado, as tarifas telefônicas haviam caído significativamente em termos reais, dificultando os investimentos, que eram de qualquer forma limitados pelo Ministério do Planejamento. De outro, a remuneração por taxa de retorno e os subsídios cruzados entre as subsidiárias da Telebrás desestimulavam a busca da eficiência. Os resultados eram uma grande demanda reprimida e serviços de baixa qualidade.

O atual marco regulatório

A regulação das telecomunicações começou a mudar com a aprovação da Emenda Constitucional número 8, de agosto de 1995, que abriu às empresas privadas a possibilidade de receber concessões da União para explorar serviços telefônicos. O monopólio estatal começou a ruir, na prática, com a aprovação da Lei 9.295, de julho de 1996, conhecida como a "Lei Mínima", que permitiu a entrada do setor privado em serviços como telefonia móvel celular, *trunking*, *paging* e transmissão de dados via satélite. O governo também melhorou a gestão da Telebrás, para prepará-la para a competição, mas nessa época ficou evidente que esta não conseguiria sobreviver em um mercado de telecomunicações sem barreiras legais à entrada de concorrentes, o que levou à decisão de se vender a empresa.

O novo marco regulatório do setor só foi definido, porém, em julho de 1997, com a aprovação da Lei 9.472, conhecida como a Lei Geral das Telecomunicações (LGT). A LGT fixa os princípios gerais de organização do setor; determina as regras de fixação e correção

das tarifas; cria o órgão regulador do setor, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e estabelece que os serviços de telecomunicações devem ser prestados prioritariamente por empresas privadas, limitando-se o Estado ao papel de regulador. A LGT elege como os dois pilares básicos da regulação das telecomunicações a competição e a universalização dos serviços. Já no seu Artigo 2º, ela estabelece que o "Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas", e de "adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços".

Para promover a competição nas telecomunicações adotou-se uma combinação de regulações de estrutura e conduta, além de regras de transição voltadas para aumentar gradualmente a contestabilidade nos vários segmentos. Para isso dividiu-se a Telebrás em várias empresas, reduzindo-se parcialmente o poder de mercado das incumbentes; fomentou-se a entrada de novos participantes nos vários segmentos de telefonia; impuseram-se restrições transitórias à diversificação das atividades das incumbentes; e criou-se regras para igualar as condições de acesso a instalações essenciais e coibir condutas anti-competitivas das empresas dominantes.

A preocupação em estabelecer uma estrutura de mercado competitiva permeou a privatização do monopólio estatal, em maior grau do que em outros países latino americanos, que em geral priorizaram a contribuição que essa poderia dar ao caixa do Tesouro. Antes da sua privatização, em julho de 1998, a Telebrás foi dividida em treze companhias, sendo nove de serviços de telefonia móvel celular (Banda A), uma de serviços de longa distância (Embratel), e três de telefonia fixa local (Telemar, Telesp e Brasil Telecom).

O Decreto 2.534, de abril de 1998, que ficou o Plano Geral de Outorgas (PGO), orientou a divisão da Telebrás, a partir da divisão do país em quatro regiões para a prestação de serviços de telefonia fixa: a Região I, que cobre as regiões Norte, excluindo Rondônia e Acre, Nordeste e Sudeste, exclusive São Paulo; a II, que inclui as regiões Sul, Centro-Oeste e os estados de Rondônia e Acre; a Região III, que abrange o estado de São Paulo; e a IV, que abrange todo o território nacional. O PGO também fixou os prazos de concessão e o número de empresas que poderiam operar em cada região.

Para cada um dos mercados de telecomunicações -- definido pela combinação natureza do serviço /área de atuação -- outras empresas foram autorizadas a prover serviços. Na telefonia celular, isso ocorreu antes mesmo da privatização da Telebrás, com os leilões da chamada Banda B. Novas autorizações foram leiloadas nos anos seguintes, promovendo-se a entrada de empresas de telefonia móvel nas Bandas D e E.[1] No serviço telefônico fixo comutado (STFC) local e de longa distância, as novas entrantes, conhecidas como empresas "espelho", foram autorizadas a operar nos dois anos seguintes à privatização. Novas autorizações foram dadas em 2001 para empresas interessadas em operar nos municípios em que as espelho optaram por não atuar. Essas operadoras ficaram conhecidas como "espelhinhos". Além

[1] As bandas correspondem a faixas diferentes do espectro de freqüência utilizadas por cada operadora em cada uma das dez regiões em que o país foi dividido para fins de exploração do serviço móvel celular. Não houve interessados em adquirir as licenças de operação na Banda C.

disso, as empresas de telefonia fixa local e móvel foram autorizadas desde quando criadas a competir nos serviços de longa distância dentro de suas áreas de concessão / autorização.

A reforma regulatória do setor antecipou, corretamente, que a simples liberalização da entrada não seria suficiente para criar competição, especialmente no STFC local. Isso porque as empresas incumbentes, resultantes da quebra da Telebrás, gozam de vantagens competitivas sobre os novos entrantes, pois já atuam no mercado há muitos anos, sendo conhecidas pelos consumidores, que para trocar de operadora têm também de mudar o número de telefone e vencer a inércia que em geral caracteriza o seu comportamento.

Para contrapor-se a essas vantagens das incumbentes, a LGT faz amplo uso de regulações assimétricas, que impõem menos responsabilidades e dão mais flexibilidade aos novos entrantes do que às concessionárias. Em particular, esses funcionam como empresas autorizadas no regime privado, enquanto estas operaram no regime público, que as submete a um conjunto mais amplo de controles e obrigações (Quadro 10.1.1). Enquanto as empresas incumbentes estão sujeitas a forte fiscalização e controle da Anatel, e a cumprirem metas físicas de expansão da oferta, os novos entrantes não precisam cumprir metas e submetem-se a uma regulação econômica mais leve.

Quadro 10.1.1: Comparativo entre os regimes de prestação público e privado

Aspectos regulatórios	Tipo de Regime	
	Público	Privado
Condições de acesso ao mercado	Requer prévia concessão, mediante licitação	Simples autorização
Preços e tarifas	Regime *price cap* durante, no mínimo três anos	Liberdade de preços
Obrigações de universalização	Prestação e financiamento (no curto prazo) desses serviços	Somente em casos excepcionais
Fiscalização	Cumprimento rigoroso do contrato, com obrigações de prestação de informação à Anatel	Princípios gerais de atividade econômica, previstos na Constituição
Prazos	20 anos, prorrogáveis por mais um período de igual duração	Indefinido

Fonte: Pires (1999)

Obs: As disposições comuns aos dois regimes estão nos Artigos 69 a 72 da LGT, as relativas ao regime público nos Artigos 79 a 125, e as aplicáveis ao regime privado nos artigos 126 a 144. Uma mesma empresa pode atuar como concessionária (regime público) em um mercado e autorizada (regime privado) em outro mercado.

O modelo regulatório das telecomunicações baseou-se de início em alguns elementos de regulação estrutural, voltados para mitigar o poder de mercado das concessionárias de STFC, que com o tempo foram descontinuados. Em especial, quando da divisão da Telebrás foram instituídas restrições a que as operadoras de STFC local operassem fora das suas áreas de concessão ou na longa distância inter-regional e internacional, assim como a que a Embratel

operasse no STFC local. Mas essas restrições foram apenas temporárias. A partir de 2002 a Telefônica, a Telemar e a Embratel, tendo cumprido antecipadamente as metas estabelecidas para 2003, foram autorizadas a diversificar os serviços oferecidos, tanto em termos geográficos como do mix de serviços, sendo liberadas para operar em todas as modalidades do STFC. O mesmo ocorreu com a Brasil Telecom no início de 2003.

O fim das restrições à diversificação das atividades das concessionárias teve um efeito ambivalente sobre a competição. De um lado, sendo maiores e mais conhecidas dos consumidores, elas têm mais condição de rivalizar com as incumbentes do que as empresas espelho. Como discutido a seguir, isso ocorreu na telefonia de longa distância. De outro, a permissão para elas se integrem verticalmente aumenta os meios e os incentivos para que elas discriminem os concorrentes no acesso às suas redes, exigindo mais atenção do regulador, particularmente no caso das concessionárias de STFC local, que controlam instalações essenciais.

As concessionárias também foram autorizadas a operar na telefonia celular móvel, ainda que neste caso sejam obrigadas a respeitar a ***separação estrutural*** das atividades, para mitigar os problemas de subsídios cruzados e outras práticas desleais de competição. A Anatel e o Cade também autorizaram várias fusões entre autorizadas e destas com concessionárias, em áreas diferentes de atuação, a partir de 2003.

Interconexão

A regras de interconexão entre duas redes de telefonia determinam em que condições se dá a conexão física entre elas e são um dos elementos mais críticos e complexos da regulação das telecomunicações. A interconexão é essencial para que clientes de operadoras diferentes possam se comunicar, inclusive através de ligações de longa distância e entre aparelhos celulares e fixos. Além disso, como a operação da rede de telefonia fixa local tem características de monopólio natural, a possibilidade de interconexão é fundamental para que novos entrantes possam competir em segmentos como a telefonia de longa distância e a transmissão de dados. Em especial, quando a operadora de STFC local é verticalmente integrada nesses serviços, boas regras de interconexão são essenciais para impedir que ela use sua posição dominante nesse segmento para alavancar seu monopólio em outros mercados. Por tudo isso, boas regras de interconexão são essenciais não apenas para que as telecomunicações funcionem adequadamente, mas também para que haja competição nos segmentos que a comportam.

No Brasil, as regras que orientam a interconexão entre redes são detalhadas pelo Regulamento Geral de Interconexão (RGI), publicado em julho de 1998. Entre outras disposições, o RGI estabelece que as prestadoras de serviços de telecomunicações, operando no regime público ou privado, são obrigadas a permitir a interconexão com outras redes, em condições não discriminatórias. Esse ponto também é enfatizado pela LGT, que no seu Artigo 146 determina que as "redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação", fixando como "obrigatória a interconexão entre" elas, além de estabelecer que "o usuário do serviço de telecomunicações tem direito à liberdade de escolha da sua prestadora

de serviço", o que também pressupõe a sua capacidade de comunicar-se com clientes de outras operadoras.

De fato, a legislação brasileira chega inclusive a relativizar o controle das empresas sobre a sua infra-estrutura, estabelecendo que "o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social". No seu Artigo 155, a LGT afirma que para "desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo". Vale dizer, a regulação não apenas obriga que haja interconexão, mas também dá ao regulador o poder de exigir que as concessionárias compartilhem com outras operadoras o uso das suas redes. A exemplo do que ocorre em alguns locais com os trilhos de uma ferrovia, mais de uma operadora poderia utilizar as redes para prover serviços de telefonia local.

As tarifas de interconexão são em geral negociadas entre as operadoras, dentro de intervalos fixados pela Anatel. Como indicado no Quadro 10.1.2, as negociações bilaterais são a norma na maioria dos países, particularmente entre duas operadoras de celular. No Brasil, tem prevalecido nessas negociações o valor máximo permitido pela Anatel. De acordo com o ato 37.166 da Anatel, de junho de 2003, as tarifas de uso recebidas pelas concessionárias de telefonia fixa local pelo uso das suas redes (TU-RL) variam entre R$ 0,05490 e R$ 0,06394.[2] O mesmo valor máximo que vale para as concessionárias se aplica às tarifas de uso das redes das empresas espelho. Para as redes interurbanas, as tarifas de uso (TU-RIU) variam entre R$0,09552 e R$ 0,11673. Para o serviço móvel celular (e também pessoal), as tarifas de uso (TU-M) variam em um patamar bem mais elevado, indo de R$ 0,3192 a R$ 0,3902. A responsabilidade por coletar do usuário final as tarifas de uso cabe à operadora que inicia a ligação, que as encaminha às demais operadoras. Isso é feito mensalmente, com base em um documento de "declaração de tráfego" (DETRAF).[3]

[2] Ainda que chamadas de tarifa de uso, essas são de fato tarifas de interconexão, já que elas não levam em conta o quanto da rede está sendo de fato usado para fazer a conexão. A TU-RL é paga pelas empresas de telefonia quando uma ligação nelas originadas precisa utilizar a rede fixa local para chegar ao usuário final. Por exemplo, quando se faz uma ligação de São Paulo para o Rio de Janeiro através da Embratel, esta cobra pelo custo da ligação e paga a TU-RL às operadoras locais nas duas cidades pelo uso das suas redes.

[3] Dados atualizados das tarifas de uso estão disponíveis na página www.teleco.com.br.

Quadro 10.1.2: Regra de determinação da tarifa de interconexão entre:

Country	Duas operadoras de STFC	Concessionária de STFC e operadora de celular	Concessionária de STFC local e operadora de longa distância	Duas operadoras de celular	Concessionária de STFC local e operadora estrangeira
África do Sul	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*
Argentina	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*
Brasil	Regulador (ANATEL)	*Negociações bilaterais*	Regulador (ANATEL)	*Negociações bilaterais*	Regulador (ANATEL)
Grécia	Regulador	Regulador	Regulador	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*
México	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*
Polônia	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*
Tailândia	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*	*Negociações bilaterais*
Turquia	Não se aplica	*Negociações bilaterais*	Não se aplica	*Negociações bilaterais*	Não se aplica

Fonte: Banco Mundial.

O ente regulador

A independência do regulador em relação à parte do governo que responde mais diretamente às influências da política partidária varia bastante entre diferentes países. Em alguns, como acontecia no Brasil até o início dos anos 1990, o órgão regulador é simplesmente um departamento do Ministério das Comunicações, que também responde pela gestão da empresa estatal que atua no setor. Nessa situação, a competição é muito difícil, inclusive nos segmentos em que não há significativas barreiras naturais à entrada, como a telefonia de longa distância. Isso ocorre, de um lado, porque o risco de controle político das tarifas é grande, e, de outro, pois dificilmente um competidor conseguirá condições isonômicas de interconexão às redes controladas usualmente pela estatal verticalmente integrada, pois há um alinhamento natural, quando não a completa captura, entre o regulador e a estatal de telecomunicações.

A maior parte dos países em desenvolvimento com renda per capita semelhante à brasileira tem agências reguladoras para o setor de telecomunicações, sendo freqüente que estas gozem de independência em relação ao governo.[4] Mas nem sempre isso ocorre: a Tailândia, por

[4] As comparações a seguir são baseadas no banco de dados "The Telecommunications Regulation Database", mantido pelo Banco Mundial e se referem à situação dos países em 2001. Para maiores detalhes ver http://econ.worldbank.org/files/35083_telecom_reg_data-wps3286.xls.

exemplo, não tem agência reguladora de telecomunicações, enquanto no Chile e no México estas existem, mas são subordinadas ao ministro.

Em comparação à média internacional, a Anatel goza de um grau relativamente alto de independência. A LGT, que criou a Anatel, vinculou-a ao Ministério das Comunicações, mas a submeteu a um regime de autarquia especial, que confere à Agência "independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira". A LGT também flexibiliza a aplicação pela Anatel de uma série de normas administrativas, tanto em relação à contratação de pessoal como à compra de bens e à contratação de serviços, que não obras e serviços de engenharia, aos quais continua se aplicando a Lei das Licitações (Lei 8.666).

O órgão máximo da Agência é o seu Conselho Diretor, composto por cinco membros. Os conselheiros da Anatel são indicados pelo Presidente da República para mandatos fixos de cinco anos, com direito a recondução, sendo que o Congresso tem de aprovar a sua indicação. Essas regras são semelhantes às adotadas por outros países com agências reguladoras independentes, ainda que haja alguma variação entre eles (Quadro 10.1.3). Os diretores da Anatel só podem ser demitidos em situações especiais, como em caso de corrupção, como ocorre em essencialmente todos os países, e se houver conflitos de interesse no desempenho de suas atividades. Em especial, eles não podem ser demitidos por incompetência, como ocorre em alguns lugares, inclusive em alguns em que as agências são independentes, como África do Sul, Argentina e Grécia. Além disso, nem o ministro, nem o Presidente da República podem vetar uma decisão da Anatel.

Quadro 10.1.3: Características dos mandatos dos conselheiros das agências reguladoras de telecomunicações

	Indicação pelo	Aprovação do Congresso é necessária?	Mandato fixo?	Anos de mandato	Recondução
África do Sul	Parlamento	Sim	Sim	2 ou 4	Sim
Argentina	Presidente	Não	Sim	5	Sim
Brasil	Presidente	Sim	Sim	5	Sim
Chile	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
Grécia	Parlamento	Não se aplica	Sim	5	Sim
México	Presidente	Não	Não	Não se aplica	Não se aplica
Polônia	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
Tailândia	Rei	Não se aplica	Sim	6	Não
Turquia	Conselho de Ministros	Não se aplica	Sim	3 e 2	Sim

Fonte: Banco Mundial (2004).

Também contribui para a independência da Anatel a sua relativa autonomia financeira, através do seu controle sobre o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), para o qual são recolhidas receitas diversas, desde as obtidas com as concessões, permissões e autorizações para a exploração de serviços de telecomunicações, que deverão ser sempre feitas de forma onerosa, até a cobrança de multas e taxas de fiscalização. Há outros países, como a Grécia (99,5%) e a Turquia (87,0%), em que as agências também se financiam com receitas próprias, mas também há aqueles, como África do Sul, Chile, México e Polônia, por exemplo, em que elas dependem inteiramente do orçamento público, o que lhes torna mais vulneráveis à interferência do poder político.

Dentre os países discriminados na Tabela 10.1.1, o Brasil é o que tem a maior agência reguladora de telecomunicações, em termos do número de funcionários, ainda que não por habitante ou telefone. Como em outros países, o regulador é dominado por engenheiros e técnicos, vindo os advogados em seguida – a proporção de economistas, em particular, é pequena. Em parte isso se explica pelo fato de a maioria dos funcionários da Anatel terem sido de início recrutados entre os antigos funcionários das estatais de telecomunicações. Mas também importante é o amplo escopo da regulação e supervisão técnicas por que responde a Agência.

Tabela 10.1.1 -- Número e formação dos funcionários da agência reguladora (2001)

	Total	por milhão de hab.	Técnicos	Engenheiros	Contadores	Economistas	Advogados	Outros
África do Sul	216	4,9	38	6	0	3	10	159
Argentina	633	16,9	55	88	28	4	60	398
Brasil	1223	7,0	99	335	24	45	116	604
Chile	234	15,2	11	40	14	14	15	140
Grécia	39	3,7	2	16	13	6	2	0
México	534	5,3	309	68	26	100	31	0
Polônia*	305	7,9	71	96	41	0	23	74
Turquia	393	5,7	53	98	n.a.	22	7	213

Fonte: Banco Mundial (2004).
(*) Dados da Polônia referem-se ao escritório central, sendo o total geral de 800 funcionários.
n.a. não aplicável.

O Artigo 103 da LGT determina que cabe à Anatel estabelecer a estrutura tarifária para as diferentes modalidades de serviços de telecomunicações no regime público – no regime privado não há controle de preços. É vedada a prática de subsídios cruzados, exceto quando destinados a viabilizar as metas de universalização. Em outros países também é comum ser o regulador a controlar os aumentos de tarifas, particularmente na telefonia fixa local, em que a competição é mais difícil (Quadro 10.1.3). No extremo oposto, a maioria dos países não controla as tarifas cobradas pelos provedores de internet. Os serviços de telefonia móvel celular e longa distância, nacional e internacional, são mais freqüentemente livres de regulação de preços, mas muitos países, como o Brasil, mantêm controles parciais, via tetos de preço, pelo menos para as empresas dominantes.

Quadro 10.1.3: Quem aprova as tarifas?

	Fixa local	Celular	Longa distância nacional	Longa distância internacional	Provedor de services de internet
África do Sul	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador	Livre
Argentina	Ministro	Ministro	Ministro	Ministro	Livre
Brasil	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador	Livre
Chile	Ministro	Livre	Livre	Livre	Livre
Grécia	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador
México	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador
Polônia	Regulador	Livre	Regulador	Regulador	Livre
Tailândia	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador
Turquia	Regulador	Regulador	Regulador	Regulador	Livre

Fonte: Banco Mundial (2004).

A Anatel usa o sistema de teto de preço para fixar as tarifas de todos os serviços de telefonia, constando esse teto e os mecanismos de reajuste e revisão tarifária do contrato de concessão. Na prática, os reajustes têm sido aplicados à média de preços dentro de cestas de serviços, combinados com limites de variação para cada serviço individual, dando alguma flexibilidade às concessionárias para reajustar diferenciadamente preços individuais – em tese, isso deveria permitir que, gradativamente, as tarifas se aproximassem dos preços de Ramsey. O teto de preço também é o método mais utilizado em outros países, ainda que não em todos (Quadro 10.1.4). Alguns países, como a Tailândia, não têm regras explícitas de reajuste, enquanto outros utilizam a regulação por custo de serviço.

Quadro 10.1.4: Método de regulação das tarifas

Country	STFC local	Celular	Longa distância nacional	Longa distância internacional	Provedor de serviços de internet
África do Sul	Teto de preço	Teto de preço	Teto de preço	Teto de preço	Nenhum
Argentina	Teto de preço	Não disponível (pago por quem liga)	Teto de preço	Teto de preço	Nenhum
Brasil	Teto de preço	Teto de preço	Teto de preço	Teto de preço	Nenhum
Chile	Método do custo incremental	Nenhum	Nenhum	Nenhum	Nenhum
Grécia	Com base no custo	Nenhum	Com base no custo	Com base no custo	Nenhum
México	Teto de preço global	Nenhum	Teto de preço global	Teto de preço global	Nenhum
Polônia	Preços limitados por cláusula da Lei de Competição e Proteção ao Consumidor sobre capacidade de pagamento	Nenhum	Preços limitados por cláusula da Lei de Competição e Proteção ao Consumidor sobre capacidade de pagamento	Preços limitados por cláusula da Lei de Competição e Proteção ao Consumidor sobre capacidade de pagamento	Nenhum
Tailândia	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
Turquia	Nenhum	Teto de preço	Nenhum	Nenhum	Nenhum

Fonte: Banco Mundial.

A defesa da concorrência no setor de telecomunicações é uma atribuição conjunta da Anatel e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A LGT explicita a aplicabilidade plena da Lei 8884 ao setor, e que cabe ao CADE apreciar qualquer ato de concentração econômica entre empresas de telecomunicações. Também constitui infração da ordem econômica, passível, portanto, de punição pelo CADE, qualquer ato praticado por "prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa".

A Anatel tem a competência legal para exercer o papel que em outros setores cabe às Secretarias de Acompanhamento Econômico (SEAE) e de Direito Econômico (SDE), em termos de instruir os processos que são submetidos ao CADE. A Anatel tem também a responsabilidade residual pelo "controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica", ressalvadas as pertencentes ao CADE. À Anatel também cabe o papel de

promover a competição nas telecomunicações, fomentando novas entradas, estabelecendo regulações assimétricas e garantindo a interconexão e o tráfego mútuo em condições competitivas.

Cobertura e estrutura do setor

A diferenciação entre os regimes privado e público, e em especial a exigência que apenas as concessionárias de serviços públicos cumprissem metas pré-definidas, ajudaram a conciliar os objetivos de competição e universalização. Este segundo pilar da regulação das telecomunicações no Brasil foi instrumentalizado através do Decreto 2592, de maio de 1998, que estabeleceu o Plano Geral de Metas para a Universalização (PGMU), do qual constavam as metas a serem cumpridas pelas concessionárias, em termos de números de telefones instalados, densidade geográfica de telefones públicos e metas de qualidade, como a taxa de digitalização da rede, a proporção de chamadas não completadas e o prazo para atendimento às demandas dos consumidores.

A Tabela 10.1.2 mostra o sucesso da reforma regulatória das telecomunicações em expandir a oferta de telefones no Brasil, notadamente a partir da privatização da Telebrás em 1998. Comparado a outros países latino americanos, o Brasil estava em 2003 atrás apenas do Chile em termos do número de linhas telefônicas por habitante, por conta de uma menor penetração dos telefones celulares. Esta aumentou, porém, desde o fim dos anos 1990, graças à expansão do número de celulares pré-pagos, responsáveis por 76% das linhas móveis no país.

Em 2003, 38,6% dos domicílios brasileiros tinham telefone celular, um quarto a mais do que em 2001 (Tabela 10.1.3). Em contraste, a proporção de domicílios com telefone fixo caiu de 51,1% para 50,8% no mesmo período. Em 2003, 62% dos domicílios no Brasil tinham telefone, sendo que entre aqueles com renda domiciliar acima de 10 salários mínimos esse serviço era praticamente universalizado. O Brasil tem uma posição relativa menos favorável na América Latina em relação à densidade de usuários da internet, ficando atrás de Chile, Argentina e México, em parte por ter um custo mais elevado de uso. No total, apenas 11,4% dos lares brasileiros tinham microcomputador com acesso à internet em 2003, com significativa concentração nos domicílios de mais alta renda.

Tabela 10.1.1: Número de telefones celulares e fixos por 100 habitantes

	Celulares	Fixos	
		Instalados	Em Serviço
1990	0,0	7,0	6,4
1991	0,0	7,2	6,7
1992	0,0	7,7	7,1
1993	0,1	8,2	7,5
1994	0,5	8,5	7,8
1995	0,9	9,2	8,4
1996	1,7	10,2	9,2
1997	2,8	11,5	10,4
1998	4,4	13,3	12,1
1999	9,0	16,6	14,9
2000	13,6	22,5	18,2
2001	16,7	27,7	21,7
2002	19,8	27,9	22,0
2003	25,9	27,8	21,9
2004	33,7	n.d.	n.d.
Média América Latina e Caribe (2001)	16,0		16,3
Média dos países de renda média baixa (2001)	11,0		14,6

Fontes: Anatel, Teleco e Banco Mundial.

Tabela 10.1.3: Percentual de domicílios com telefone e microcomputador por classe de rendimento mensal domiciliar

	Total	Até 10 salários mínimos	10 a 20 salários mínimos	mais de 20 salários mínimos
Telefone Fixo	50,8	44,9	90,9	96,2
Telefone Celular	38,6	31,9	81,2	92,9
Telefone (Fixo ou Celular)	62,0	57,0	97,4	99,4
Telefone Fixo e Celular	27,4	19,8	74,7	89,8
Só Telefone Fixo	23,4	25,0	16,2	6,4
Só Celular	11,2	12,1	6,5	3,1
Microcomputador	15,3	8,2	56,3	78,3
Microcomputador com acesso a internet	11,4	5,1	46,0	71,4

Fonte: IBGE/PNAD 2001-03 e Teleco.

A reforma regulatória foi apenas parcialmente bem sucedida em termos do seu outro pilar, a competição, pois nem todos os segmentos desenvolveram uma estrutura de mercado competitiva. Os resultados mais positivos foram observados na telefonia de longa distância, em que as barreiras à entrada são mais baixas e a competição via preços, combinada com uma propaganda adequada, que dê reconhecimento de marca, é uma estratégia relativamente efetiva. As concessionárias de telefonia fixa local foram particularmente bem sucedidas em conquistar parcelas elevadas desse mercado. Já no final de 2003, o segmento de longa distância nacional era quase igualmente dividido entre as quatro concessionárias de telefonia fixa, observando-se uma grande queda na participação da Embratel (Tabela 10.1.4).

Tabela 10.1.4: Participações das principais operadoras na telefonia de longa distância nacional (% dos minutos falados)

	Jun/04	Dez/03
Telemar	26,6%	24,5%
Telefônica	24,1%	24,1%
Brasil Telecom	21,5%	20,0%
Embratel	21,0%	25,2%
Outros	6,8%	6,3%

Fontes: Anatel e Teleco.

Também na telefonia móvel os novos entrantes conquistaram parcelas relevantes do mercado, notadamente as empresas da Banda B. Ao final de 2004, as operadoras da Banda A detinham 51% do mercado nacional, contra 29% da Banda B e 20% das Bandas D e E. A Tabela 10.1.14 mostra que as três maiores operadoras de telefonia móvel detêm participações elevadas nas três regiões de outorga, sendo a estrutura de mercado particularmente competitiva na Região I, a maior do país. Contribuíram para o relativo sucesso da regulação em criar competição na telefonia celular a entrada das empresas da Banda B no mercado antes da privatização e o grande dinamismo do setor, tanto tecnológico como em relação ao número de linhas, de forma que as novas empresas puderam crescer sem ter de "roubar" clientes das incumbentes.

Tabela 11.1.5: Participação das Operadoras de Celulares por Região de Outorga (2T04)

Março 2004	Região I	Região II	Região III (SP)
Vivo	25%	57%	60%
Claro	16%	22%	26%
Tim	22%	21%	13%
Oi*	21%		
Amazônia Celular e Telemig Celular	15%	--	--
Triângulo Celular e Sercomel Celular	1%	0%	1%
Número total de celulares (milhões)	24,2	15,6	14,3

Fonte: Anatel e Teleco.
Nota: Participações estimadas pelo Teleco a partir dos dados divulgados pelas operadoras e número de celulares por estado divulgados pela Anatel.

Os resultados foram bem diferentes na telefonia fixa, com as empresas concessionárias mantendo amplo domínio sobre o mercado de STFC local em suas respectivas áreas de concessão (Tabela 10.1.6). A participação dos novos entrantes não só permaneceu pequena, como também inferior à projetada à época da privatização da Telebrás, a despeito de o cronograma de progressiva liberalização ter sido corretamente implementado. Na Região I, as empresas espelho e as demais autorizadas detinham 3,9% do mercado em junho de 2004, metade dos 8% que se previu que estas iriam conquistar até meados de 2003. Na Região II, a participação da Brasil Telecom era de 94,9%, contra os 87,0% previstos para 2003; e na Região III, compreendendo o estado de São Paulo, as novas entrantes abocanharam apenas 2,5% do mercado, um sexto dos 15,0% que se antecipava ser a sua participação em 2003.

Tabela 10.1.6: Distribuição do STFC Local entre Concessionárias e Autorizadas (% dos acessos em serviço, junho 2004)

	Regiões do Plano Geral de Outorgas		
	Região I	Região II	Região III
Concessionárias	96,1%	94,9%	97,5%
Autorizadas e Espelhos	3,9%	5,1%	2,5%

Fonte: Anatel e Teleco

Outros indicadores confirmam a falta de competição na telefonia fixa local. Primeiro, ao contrário do que se observa na longa distância e na telefonia móvel, em que as operadoras competem fortemente com propaganda e ofertas de promoções e pacotes de tarifas, no STFC local praticamente não há propaganda, nem oferta de planos de tarifas diferenciados. Segundo, a introdução de inovações tecnológicas no STFC local também se mostrou tímida, tanto em termos do número e do escopo das inovações, como do ritmo em que estas vêm sendo introduzidas.

Várias razões contribuíram para que as empresas espelho não obtivessem participações significativas. Uma foi elas terem entrado no mercado quase dois anos após a privatização, após um grande aumento da oferta de serviços, diferentemente do que ocorreu com a telefonia móvel. Isso exigiu que, para crescer, elas tivessem de atrair os clientes das incumbentes, o que é difícil, em função dos custos de migração de operadora, devido à falta de portabilidade do número de telefone e aos custos de habilitação e instalação de uma nova linha. O fracasso em implantar uma estrutura competitiva no STFC local mostra como são fortes as vantagens competitivas das incumbentes nesse segmento e evidencia os limites da regulação de conduta na promoção da competição, mesmo quando o regulador dispõe de instrumentos de regulação assimétrica.

10.2 A Regulação do Setor Elétrico

Histórico

A introdução da energia elétrica no Brasil se deu ainda nos anos 1870, começando pela iluminação da estação ferroviária Dom Pedro II, hoje Central do Brasil, no Rio de Janeiro.[5] Os primeiros projetos de maior monta só surgiriam, porém, em 1883, ano em que começou a operar a primeira usina geradora, em Campos, no norte fluminense; se construiu a primeira hidrelétrica em Diamantina, Minas Gerais; e começou a operar a primeira linha de bonde elétrico, em Niterói, também no Rio de Janeiro. O setor se expandiria rapidamente no resto do século, com a capacidade de geração subindo de 61 kW em 1883 para 10,9 MW em 1900.

Em 1903 foi editada a primeira regulação mais abrangente do setor no país,[6] dando autorização para que o governo federal explorasse, diretamente ou através de concessões, os aproveitamentos hidráulicos para fins de prestação de serviços públicos. Na prática, porém, a expansão da capacidade continuou a se dar majoritariamente através de contratos de exploração entre estados e municípios e operadores privados. Só a partir da década de 1930, culminando com a edição do Código de Águas (Decreto 24.643, de julho de 1934), se fortaleceria o papel regulador da União nesse setor.

O Código estendeu a poder concedente do governo federal para além da geração hidrelétrica, passando este a englobar também a transmissão e distribuição de eletricidade, e deu à União a competência legislativa nessa área. Foi estabelecido um prazo normal para as concessões, a serem feitas por decreto presidencial, de 30 anos, não podendo este exceder em nenhuma hipótese 50 anos. O Serviço de Águas (depois, Divisão de Águas) do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura passou a atuar como órgão regulador do setor, trabalhando em parceria com o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE) em relação à interconexão entre empresas. Também foi alterado o mecanismo de fixação das tarifas, que passaram a ser determinadas pelo custo do serviço, acrescido de uma remuneração sobre o ativo (Artigo 180). Extinguiu-se nessa época a cláusula-ouro, que garantia uma remuneração fixa em moeda forte para os investimentos feitos pelas empresas estrangeiras, que dominavam o setor, através da Light e da Amforp.

A s restrições à entrada de estrangeiros no setor (Artigo 195), a utilização do valor histórico dos ativos como base de remuneração do capital, e a aceleração da inflação nos anos 1950 iriam desestimular novos investimentos pelas empresas multinacionais, criando um espaço que viria a ser ocupado por um setor público crescentemente intervencionista. Um passo fundamental nesse processo foi a aprovação do Fundo Federal de Eletrificação e Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE) através da Lei 2.308. de agosto de 1954, de onde viria grande parte dos fundos que financiariam os investimentos públicos no setor nos anos seguintes.

Nos anos 1960 e no inícios dos 1970, a regulação do setor seria revista, ainda que sem se alterar alguns de seus pilares:

[5] A história do setor elétrico no Brasil é apresentada em detalhe em AntônioC. S. Gomes, Carlos D. G. Abarca, Elíada A. S. T. Faria e Heloísa H. Fernandes, "O Setor Elétrico", BNDES, 2001, em que os próximos parágrafos se baseiam.

[6] Lei 1.145 de dezembro de 1903 e o Decreto 5.704, promulgado um ano depois.

- Em 1962 criou-se a Eletrobrás, que passaria a funcionar como órgão de planejamento, coordenação e financiamento do setor. Neste mesmo ano, deu-se início à estatização da Amforp;

- Em 1965, a Divisão de Águas e Energia do Ministério das Minas e Energia (MME, criado em 1961) foi transformada no Departamento Nacional de Águas e Energia, que, ao assumir as responsabilidades do CNAEE, extinto em 1967, passou a chamar-se de Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE). Este Departamento, subordinando ao MME, funcionaria como órgão regulador do setor até os anos 1990.

- Reavaliou-se os ativos usados como base para a fixação das tarifas, introduzindo-se um mecanismo de correção monetária para proteger o seu valor da inflação e, com a Lei 5.655, de maio de 1971, determinou-se que sobre eles deveria incidir uma remuneração garantida de 10% a 12%.

- Criou-se o Grupo Coordenador para a Operação Interligada (GCOI) (Lei 5.899, de julho de 1973).

Prevaleceu a partir de então um modelo centralizado de planejamento, financiamento e operação, centrado na Eletrobrás, que foi extremamente bem sucedido em expandir o setor, saindo de uma capacidade de geração de 5729 MW em 1962 para 55.512 MW em 1995, ano em que o Brasil já contava com uma das maiores redes de transmissão e distribuição do mundo. A responsabilidade por projetar o mercado, identificar os projetos prioritários e financiá-los era da Eletrobrás. Empresas de propriedade do governo dos estados – nascidas em parte da nacionalização da Amcorp e da Light -- ficaram responsáveis pela distribuição de eletricidade, ainda que alguns deles (São Paulo, Minas Gerais e Paraná, em especial) também tenham investido pesadamente em geração e transmissão, dentro de seus territórios. O GCOI centralizava a coordenação dos despachos, determinando quem produziria a energia, e garantindo a interconexão das redes que estavam fisicamente interligadas.[7] O DNAEE, completamente capturado pelas empresas do setor, exercia um papel secundário na regulação do setor.

Ainda em 1974, porém, a qualidade da regulação do setor começaria a piorar, com a equalização das tarifas de energia elétrica em todo o país (Decreto-Lei 1.383), criando-se i mecanismo da Reserva Global de Garantia (RGG), que transferia recursos das empresas de custos mais baixos para as de custos mais altos. Como ocorria nas telecomunicações, em que um mecanismo semelhante funcionava através das transferências realizadas pela Embratel, esse mecanismo dava às empresas incentivos errados com relação à busca da eficiência técnica.

A partir da segunda metade dos anos 1970, e mais intensamente no início dos anos 1980, as tarifas de energia elétrica deixam de ser fixadas pelo DNAEE e passam a ser controladas pelo Ministério da Fazenda, como instrumentos de combate à inflação e promoção das exportações. A saúde financeira das empresas de energia elétrica, a essa altura quase todas estatais, sofre um agudo processo de deterioração, à medida que as tarifas passam a ser reajustadas abaixo do necessário para garantir a remuneração mínima legal do capital investido, sendo a diferença

[7] A necessidade de um órgão dessa natureza refletiu a necessidade de coordenar a geração de energia em um sistema quase integralmente hídrico em que há diversas usinas geradoras em um mesmo rio, às vezes pertencentes a empresas diferentes, e em que o sistema de chuvas é diferente em regiões distintas do país.

creditada a seu favor na Conta de Resultados a Compensar (CRC). As empresas também sofrem com níveis crescentes de endividamento, que comprometem elevada parcela de suas receitas com o pagamento de juros. Também pesaram contra as empresas do setor a elevação do imposto de renda de 6% para 40% e a extinção do IUEE pela Constituição de 1988. Conforme os créditos se acumulavam na CRC, as empresas distribuidoras, que eram majoritariamente de propriedade dos governos estaduais, passaram a não mais pagar pela energia comprada das grandes geradoras, que pertenciam ao governo federal, tornando ainda mais complicada a situação do setor.

As Reformas dos Anos 1990

Ficou evidente nessa época que a regulação do setor necessitava ser outra vez alterada, processo que teve início em 1993, com a Lei 8.631, que acabou com equalização tarifária em todo o país e com a remuneração mínima garantida sobre os ativos. A Lei também promoveu um "encontro de contas" entre o governo federal e as empresas. Concomitantemente, as tarifas foram recompostas, melhorando a saúde financeira das empresas.

Esses foram os primeiros passos em um processo de reforma que tinha como objetivo final atrair o investidor privado para o setor, ao mesmo tempo em que se estabelecia um maior grau de competição entre as empresas.[8] Ele teve continuidade, em 1995, com a emenda dos Artigos 21 e 175 da Constituição, viabilizando a entrada do capital estrangeiro no setor; e a aprovação das Leis 8.987 (Lei das Concessões) e 9.074, que fixam as regras gerais de concessão e as aplicáveis à renovação das concessões no setor elétrico, respectivamente. A Lei 8.987 tornou possível a remuneração por teto de preço, em vez de só por custo do serviço. A Lei 9.074 determinou, em particular, que as concessões do setor elétrico daí em diante deveriam considerar separadamente os custos de geração, transmissão e distribuição de eletricidade, devendo a tarifa de suprimento individualizar a remuneração da geração e da transmissão. Esta lei também criou a figura do Produtor Independente de Energia Elétrica, definindo que este poderia vender sua energia para "consumidores livres". Ela estabeleceu que seriam consumidores livres, obrigatoriamente, todos aqueles com carga de consumo igual ou maior do que 10 MW em voltagem de 69 kV ou mais (artigo 15) e, opcionalmente, os que tivessem carga acima de 3 MW, em qualquer tensão.

No final de 1996, a Lei 9.427 criaria o novo órgão regulador do setor, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), responsável por regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de eletricidade em todo o país, que substituiria o DNAEE, gozando de um grau bem mais elevado de independência. O órgão máximo da Aneel, que só viria a funcionar de fato depois de regulamentado pelo Decreto 2.335, é o colegiado formado por seu diretor-geral e mais quatro diretores, entre os quais o diretor-ouvidor. A Agência é uma autarquia especial, vinculada, sem subordinação hierárquica, ao Ministério das Minas e Energia, com quem tem um contrato de gestão. Seus diretores têm mandatos fixos e só podem ser exonerados em caso de falta grave, depois de comprovada em processo administrativo ou judicial, ou por descumprimento sem motivo do contrato de gestão.

Entre as atribuições da Aneel estão fixar os parâmetros técnicos para garantir a qualidade do serviço, estabelecer os critérios para a fixação da tarifa de transmissão, e fixar e implementar as revisões das tarifas de distribuição. Estas são regidas pela necessidade de garantir o equilíbrio

[8] A reforma regulatória no setor elétrico durante os anos 1990 é discutida em detalhes em Ferreira (2000) e Pires (2000), nos quais os próximos parágrafos são parcialmente baseados.

econômico-financeiro da empresa – conforme estabelecido pela Lei das Concessões (Lei 8.987) – e pelos contratos de concessão, onde as tarifas são reguladas por um mecanismo de teto de preço, reajustado anualmente, cabendo à Aneel fixar o ganho de produtividade a ser transferido aos consumidores (e, portanto, deduzido das tarifas) nas revisões periódicas. Estas revisões, que ocorrem em intervalos de três a sete anos, dependendo do contrato de concessão, funcionam essencialmente na base de custo de serviço, cabendo à Aneel arbitrar uma remuneração para os investimentos realizados.

Nas suas atividades de controle e fiscalização do sistema de energia elétrica, a Aneel trabalha através de convênios com agências estaduais de regulação, que estão em operação na maioria dos estados. O mandato da Agência também inclui a defesa da concorrência no setor (Lei 9.648), função que exerce em convênios com as Secretarias de Acompanhamento Econômico (Ministério da Fazenda) e de Direito Econômico (Ministério da Justiça) e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).[9] Também para promover a competição, a Aneel também editou resoluções limitando a concentração no setor, nas atividades de geração e distribuição, e garantindo o livre acesso às redes de transmissão e distribuição (Pires, 2000). As resoluções 245/1998 e 66/1999 separam os ativos de transmissão (linhas com tensão de 230 kV ou mais) das de distribuição. A Resolução 282/1999 fixa as regras de uso e conexão a essas redes e, junto com a Resolução 286/1999, estabelece as tarifas a serem pagas por esse uso, chamadas de tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e de uso do sistema de distribuição (TUSD).

Duas outras instituições do novo modelo foram criadas pela Lei 9.648, de maio de 1968: o Mercado Atacadista de Energia (MAE) e o Órgão Nacional do Sistema (ONS). O MAE foi criado para intermediar as operações de compra e venda de energia entre as distribuidoras e as geradoras, ou entre produtores independentes e consumidores livres. Para isso ele deveria ter a dupla função de estabelecer um parâmetro de referência para a fixação da tarifa de suprimento nos contratos bilaterais de longo prazo; e de administrar o mercado à vista de energia, onde as tarifas deveriam refletir mais proximamente o custo marginal de suprimento de curto prazo. O ONS é uma instituição privada, sem fins lucrativos, que essencialmente substituiu o GCOI, passando a administrar a rede de transmissão, operando o Sistema Interligado Nacional, através do qual ordena o despacho de energia. Assim, ele é responsável por determinar que gerador deverá produzir a cada momento e para onde essa energia deverá fluir. Esse cálculo é feito com base em um modelo matemático que leva em conta o nível de água nas hidrelétricas, a probabilidade de chuvas nos meses e anos seguintes, e o custo e a capacidade de expansão da produção térmica. A Lei 9.648 também criou a figura do agente comercializador de energia elétrica, que pode comprar e vender eletricidade desde que autorizado a operar pela Aneel.

O principal desafio do novo modelo era como incentivar o investimento em geração, dado que os novos entrantes iriam ter custos mais altos do que as empresas já estabelecidas, que estavam mais próximas dos consumidores (menores custos de transmissão) e exploravam os melhores aproveitamentos hidrelétricos, além de, contabilmente, seus ativos já estarem depreciados. A solução encontrada foi implantar um regime de livre competição entre geradores, permitindo que a tarifa de suprimento subisse até atingir o custo marginal de expansão do sistema. De forma a

[9] A Aneel ou qualquer dos três membros do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência podem encaminhar denúncias de condutas anti-competitivas no mercado de energia elétrica, a qual dá lugar a uma investigação preliminar pela SDE que, sendo julgada procedente, leva à instauração de um processo administrativo. O parecer da SDE é enviado para que a Aneel se manifeste e depois julgado pelo CADE.

organizar a transição para um sistema de livre competição entre geradores e evitar que as tarifas de energia subissem muito rapidamente, a Lei 9.648 criou os "contratos iniciais". Estes estabeleciam que as empresas deveriam celebrar novos contratos entre elas, em que, a partir de 2002, a cada ano 25% da energia teriam seu preço livremente negociado, até a liberalização total em 2005.

Porém, o fato da hidroeletricidade dominar a geração no Brasil cria riscos elevados para os novos entrantes na geração: dada uma demanda e um regime hidrológico incertos, e o fato de o sistema ser dimensionado para limitar o risco de racionamento em baixo patamar, o custo marginal de curto prazo para as empresas já instaladas é zero a maior parte do tempo. Para viabilizar novos investimentos, portanto, também seria necessário dar aos novos entrantes alguma proteção contra o risco de, uma vez concluída a fase de investimento, terem de operar em um mercado spot, de curto prazo, em que a tarifa é muito próxima a zero. Isso foi feito exigindo que as distribuidoras tivessem sempre garantia (através de contratos com geradores) de suprimento de pelo menos 85% de seus mercados, desta forma incentivando o estabelecimento de contratos de longo prazo que garantiam os investidores em geração contra flutuações de demanda – por sua vez, a margem de 15%, que poderia ser contratada no mercado spot protegia as distribuidoras contra o risco de variações na demanda.

O Novo Modelo

Com a crise energética de 2001, vários itens desse modelo não chegariam a ser totalmente implementados.[10] Em 2002 e, principalmente, 2003, o modelo começaria a ser outra vez revisto, culminando com a definição de uma nova regulação, definida pela Lei 10.848 e, subsidiariamente, pela Lei 10.847, ambas de março de 2004, além de uma série de decretos regulamentando artigos diversos dessas leis – em especial, o Decreto 5.081, que reordena o funcionamento do ONS; o 5163, que detalha as novas regras de comercialização de eletricidade; o 5.175, que cria o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE); o 5.177, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE); e o 5.184, que cria a Empresa de Pesquisa Energética (EPE).

As principais mudanças no modelo referem-se ao ambiente de competição e à remuneração dos geradores, e conseqüentemente à tarifa de suprimento das distribuidoras, sendo abandonada a idéia de permitir a convergência da tarifa de suprimento para o custo marginal de expansão do sistema. Em relação à estrutura do mercado, criaram-se três ambientes de competição:

- O Ambiente de Contratação Regulada (ACR) para as usinas de geração já existentes, passa a funcionar como um mercado competitivo intermediado por um "leiloeiro" – a Aneel ou, por delegação desta, a CCEE (§ 11 do Artigo 2º da Lei 10.848). Em cada leilão, as empresas fazem propostas de fornecimento de energia, fixando uma quantidade e uma tarifa. As propostas são ordenadas, da tarifa mais baixa para a mais alta, fazendo-se um corte na quantidade definida pelo volume total de demanda. Os geradores que fizeram propostas competitivas, isto é, com tarifas abaixo do ponto de corte, farão contratos bilaterais individuais com cada distribuidora, dividindo a sua quantidade ofertada proporcionalmente à demanda de cada empresa. O Decreto 5.163 prevê que esses contratos, denominados Contrato

[10] A respeito da crise do setor elétrico em 2001 ver Pires, Giambiagi e Sales (2002).

de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR), tenham duração entre cinco e quinze anos, e que o fornecimento seja iniciado no ano seguinte ao leilão. Nesses contratos, o distribuidor terá direito de reduzir a quantidade de energia contratada (i) se algum consumidor seu que seja potencialmente livre trocar de fornecedor; e (ii) em até 4% do valor originalmente contratado, em cada ano, para acomodar variações de demanda, sendo todos os cortes definitivos.

- O ACR para novas plantas de geração. Neste, a Aneel fará um leilão da concessão (Box 6.6), isto é, do direito de fazer o investimento e fornecer a energia, ganhando o investidor que oferecer fazê-lo cobrando a menor tarifa. Os leilões serão organizados a partir de uma lista de projetos montada pela EPE, com base nos seus levantamentos, em objetivos estratégicos e propostas feitas pelos investidores privados. A EPE também ficará encarregada de obter a licença ambiental para esses projetos previamente ao leilão. Cada concessão será leiloada individualmente, e após todos os leilões o regulador ordenará as ofertas, da tarifa mais baixa para a mais alta, selecionando aquelas competitivas a partir do montante de demanda total a ser suprida, informada pelo MME.[11] Cada novo gerador assinará contratos bilaterais individuais com cada distribuidor, proporcionalmente à demanda de cada um. Esses CCEARs terão duração entre 15 e 30 anos e serão contratos de disponibilidade de energia, isto é, em que o gerador é pago independentemente da energia que venha a ser usada pelo distribuidor.[12] Haverá leilões com o início do fornecimento previsto para três ou cinco anos depois.[13]

- O Ambiente de Contratação Livre (ACL), onde as operações de compra e venda de energia elétrica serão reguladas por contratos bilaterais livremente negociados entre as partes.[14] Este será, por excelência, o mercado em que os consumidores livres deverão comprar sua energia. Os consumidores que são servidos por empresas distribuidoras com carga mínima de 3 MW e desejem passar a comprar energia no ACL, poderão fazê-lo no ano seguinte àquele em isso for comunicado formalmente à distribuidora, bastando que essa comunicação seja feitas pelo menos 15 dias antes da data em que são obrigados a declarar sua necessidade de compra de energia elétrica com compra no ano seguinte. Para retornar ao

[11] A separação entre energia existente e energia nova permite organizar as empresas de distribuição como um monopsonista discriminador de terceiro-grau. Como a elasticidade de oferta para a energia já existente é mais baixa do que para a nova energia, ele poderá em geral comprar a energia já existente por um preço mais baixo. Dentro do mercado de ACR para a energia existente, por outro lado, o "pool" virtual organizado pelo regulador funciona como um monopsonista discriminador de segundo grau. O objetivo, nos dois casos, é extrair o máximo do excedente do produtor, de forma a permitir a modicidade tarifária. Para uma discussão dos tipos de discriminação de preços por um monopolista, ver Tirole (1989, pp. 133-168)

[12] Assim, ao contrário dos CCEARs para energia existente, nestes contratos o risco hidrológico fica inteiramente com a empresa de distribuição, que poderá repassar os custos daí decorrentes para os consumidores finais (§4, Artigo 28 do Decreto 5.163).

[13] Ao participar de um leilão de energia nova no ACR, o investidor interessado terá a opção de destinar uma proporção de sua capacidade de geração ao ACL (ver a seguir) ou para consumo próprio. Sobre esta parcela, ele pagará anualmente, por MWh de energia assegurada, uma taxa proporcional à diferença entre (i) o mínimo entre o custo marginal de referência (calculado pela EPE e fixado previamente pelo MME) e o custo marginal do leilão, igual à maior tarifa dentre as vencedoras do leilão; e (ii) a tarifa que ele ofertar para ser cobrada na sua concessão (Artigo 21 do Decreto 5.163). Em certo sentido, essa é uma variante da taxa de uso de bem público (UBP), criada pela Lei 9.648 (Artigo 7º), fixada nessa lei em 2,5% da receita do produtor independente de energia durante os cinco primeiros anos de operação.

[14] Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica, tanto no ACR como no ACL, terão de ser registrados na CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados pela Aneel..

ACR, porém, os consumidores livres precisam informar à distribuidora com cinco anos de antecedência.

Anualmente, todas as empresas de distribuição, vendedores, auto-produtores e consumidores livres deverão informar ao MME, até 1º de agosto, as previsões de seus mercados ou cargas para os cinco anos subseqüentes. Essas informações serão usadas para dimensionar a demanda a ser coberta nos leilões do ACR. As empresas distribuidoras deverão ter sempre garantia de atendimento à totalidade de seu mercado, em termos de energia e potência, por intermédio de contratos registrados na CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados na Aneel. A mesma regra vale para os consumidores livres, auto-produtores e vendedores. O cumprimento dessa obrigação será aferido mensalmente pela CCEE, comparando, no caso da energia, o consumo medido e as quantidades contratadas nos doze meses anteriores.

Todas as empresas ficam obrigadas a separar as suas atividades de distribuição das de geração e transmissão. As distribuidoras passam a ter de comprar 100% do seu suprimento de energia por licitação no ACR, ficando, portanto, bloqueada a possibilidade de compra de energia diretamente de uma empresa do mesmo grupo (o chamado "self-dealing"), que antes era permitida até 30% do suprimento total. Como nos leilões do ACR, tanto para a energia existente como para a nova, todas as distribuidoras pagam a mesma tarifa média, esse sistema faz com que o custo de suprimento para as distribuidoras, a ser repassado aos consumidores finais, seja essencialmente o mesmo para todas elas. Tudo funciona, virtualmente, como se houvesse um único comprador para toda a eletricidade produzida pelas geradoras.

Este novo modelo criou três novos órgãos com funções reguladoras – a CCEE, a EPE e o CMSE – que se somam à Aneel, ao ONS e ao próprio MME, cuja influência sobre a regulação setorial ficou bastante aumentada, tornando-se, inclusive, o poder concedente (isto é, quem autoriza novas entradas) no setor, em substituição à Aneel, cujas atribuições foram diminuídas em vários aspectos. A CCEE funciona essencialmente como uma câmara de compensação e custódia, em substituição ao MAE (Artigo 5º da Lei 10.848). A CCEE é responsável por monitorar e fiscalizar os contratos de comercialização de energia, podendo também realizar os leilões do ACR, por delegação da Aneel.

A EPE realiza estudos e pesquisas para subsidiar o planejamento do setor energético, não apenas de eletricidade como também de outras fontes, como petróleo, gás e carvão. Entre outras atribuições, ela é responsável por (i) propor ao MME uma lista de novos projetos de geração para serem leiloados no ACR, fazendo as estimativas de custos correspondentes; (ii) habilitar tecnicamente e cadastrar os projetos de geração propostos por investidores privados que poderão constar do leilão; e (iii) obter as licenças ambientais prévias para esses projetos. O CMSE é responsável por acompanhar o desenvolvimento das diversas atividades no setor elétrico, de gás natural e petróleo; avaliar as condições e a segurança de abastecimento e atendimento nesses setores em horizontes pré-determinados. Em particular, o CMSE deve monitorar o risco de racionamento de energia e propor medidas de reserva de capacidade de geração que mantenham esse risco em patamar aceitável. O ONS continua a operar o sistema de despacho como antes, mas sua direção passa a ser controlada por diretores indicados pelo MME.

Box 10.1: A Competição no Setor de Telecomunicações

A regulação das telecomunicações no Brasil atribui grande importância à competição. A Lei Geral das Telecomunicações (LGT) determina, por exemplo, que os "serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica".

Várias razões justificam a ênfase no estabelecimento de um ambiente competitivo: a competição estimula a redução dos custos e impõe às empresas baixas margens de lucro, levando os consumidores a pagar tarifas mais baixas; ela promove a produção e o uso eficiente de serviços de telecomunicações; ela estimula a inovação e a introdução de novos produtos e serviços; e ela amplia a oferta de serviços e produtos mais modernos e diversificados e de planos de tarifas que melhor atendem às necessidades de consumidor.

A competição também é uma grande aliada do regulador. Estimulando a concorrência, pode-se ter uma regulação mais leve sobre os segmentos mais competitivos, e mais informação para atuar nos segmentos em que a falta de competição exige uma regulação mais pesada. Em especial, os reguladores freqüentemente desconhecem o quanto os custos de uma empresa por eles regulada podem cair de fato. Com a entrada de concorrentes, o regulador pode inferir comparativamente aspectos do desempenho da empresa que não são visíveis quando ela opera sozinha. A competição também é capaz de forçar uma redução dos custos em um grau em que um regulador, tolhido por assimetrias de informação, não seria capaz de fazer. A própria rivalidade entre as operadoras estimula-as a buscar o regulador com informações e ajuda para que as rivais sejam obrigadas a cumprir a regulação. Com a competição, o risco de captura e perda de autoridade do regulador diminui muito, como também cai a pressão política exercida sobre ele pelo governo e pelos consumidores. Esta também diminui o incentivo das empresas já atuando no setor a gastar com *lobby* junto ao regulador para impedir a entrada de concorrentes, permitindo que esses recursos tenham melhor uso em outras atividades.

Em telecomunicações, a capacidade de competir depende do acesso aos usuários e, portanto, à rede da operadora de telefonia fixa local – a chamada última milha, que tem características de monopólio natural. Essa rede constitui um dos insumos indispensáveis para que as companhias telefônicas possam prover seus serviços, sendo por isso incluída entre as chamadas instalações essenciais. Os direitos de passagem de cabos e estruturas em geral e a alocação do espectro são outras instalações essenciais em telecomunicações.

Uma operadora telefônica que detenha o controle de instalações essenciais tem o poder e, em geral, o interesse de tornar seus concorrentes menos competitivos dificultando o seu acesso a essas instalações. Na ausência de restrições regulatórias, ela pode impedir a competição criando desvantagens para os seus concorrentes no mercado de serviços finais, como a telefonia de longa distância ou a transmissão de dados. Nessa situação, o domínio do

mercado pela incumbente pode resultar não da sua maior eficiência, mas da sua capacidade de tirar a competitividade das rivais.

Quatro questões com que o regulador tem de lidar nessa situação, de forma a viabilizar a participação de novos concorrentes, dizem respeito à provisão de acesso em condições adequadas, à desagregação (*unbundling*) de serviços, à portabilidade dos números de telefones, e às barreiras à entrada em modalidades alternativas, sem exigências de atendimento universal.

Enfatizamos na seção 10.1 a importância da interconexão para permitir a competição. Mas não basta garantir a interconexão. Na presença de uma operadora de telefonia fixa dominante e verticalmente integrada, controlando uma instalação essencial, a partir da qual fornece insumos vitais para seus concorrentes no mercado do produto final, o acesso à rede local tem de ocorrer em condições que permitam a efetiva competição. A TU-RL cobrada pela incumbente às suas concorrentes não pode ser mais alta do que a que cobra implicitamente de si mesma. A qualidade do acesso dado aos competidores também não pode ser pior do que para si própria, nem a facilidade de acesso (por exemplo, o número de algarismos que o usuário final precisa discar) diferente para a operadora local dominante e suas concorrentes.

Em geral, as legislações nacionais regulando a interconexão entre redes de operadoras diferentes exigem que esta seja feita nas mesmas condições técnicas e ao mesmo preço que a operadora aplica a si própria. Mas nem sempre isso ocorre ou, quando ocorre, é suficiente para garantir a competição. De um lado, há países em que essa exigência não consta da lei – Chile e Turquia são dois exemplos. Mesmo quando esta consta, porém, é necessário, quando a regulação estrutural não impede à operadora de STFC local verticalizar-se, que a tarifa de interconexão não seja usada para espremer os competidores da empresa no segmento competitivo. A operadora é neutra em relação ao valor da tarifa de interconexão cobrada de si mesma, mas se for capaz de fixar um valor elevado para ela, enquanto mantém um baixo patamar de preço para o serviço fornecido ao usuário final, ela pode inviabilizar o funcionamento dos seus concorrentes.

O tratamento da informação gerada pelo controle da rede de telefonia local também é uma questão importante. Os competidores precisam ter acesso a informações sobre os usuários em pé de igualdade com a operadora incumbente, ainda que esta não deva ser obrigada a compartilhar suas análises. A indisponibilidade de informações dificulta a briga pelo consumidor e pode, por exemplo, inviabilizar a realização de projetos, ou levar a erros na sua concepção. A operadora incumbente deve, por outro lado, ser proibida de usar a informação que obtém sobre os clientes dos seus competidores, por força de eles necessitarem usar sua rede, para com eles competir.

O desafio do regulador consiste em criar condições isonômicas de competição entre a operadora verticalmente integrada proprietária da rede local e os seus concorrentes, não favorecer estes últimos. O regulador não deve, por exemplo, impor uma tarifa de interconexão baixa demais, ou fazer exigências de qualidade excessivamente onerosas, que tolham a capacidade da incumbente competir. É também recomendável dividir de uma forma

neutra as obrigações regulatórias impostas à incumbente, com o ônus financeiro de atender a objetivos sociais.

O problema da desagregação de serviços surge quando um competidor da operadora local quer entrar no mercado oferecendo serviços especializados, para o qual não necessita de todo o pacote de serviços oferecido pela operadora dominante -- interconexão, transporte e cobrança, por exemplo. Esta pode impedir que o competidor consiga vender esse serviço se recusando a prover exclusivamente o acesso à rede, ou cobrando uma tarifa proibitiva por esse acesso, a menos que o competidor compre todo o pacote de serviços oferecido, alguns dos quais podem ser desnecessários. Também pode ocorrer de a operadora vender ao cliente final apenas uma cesta de serviços, agregando serviços em segmentos competitivos com outros sobre os quais detém um monopólio, o que também dificultaria a entrada de concorrentes. A agregação de serviços, ou *bundling*, nada mais é que uma forma de venda casada, que deveria em princípio ser combatida, a menos que se justifique por razões técnicas ou de segurança.

Outra questão em telefonia importante do ponto de vista da competição diz respeito à portabilidade do número de telefone. Os consumidores têm reconhecidamente uma grande inércia na escolha dos seus prestadores de serviço, que pode ser racionalizada entre outras coisas pelo custo de obter informação sobre um novo fornecedor. Isso cria um poder de mercado para a empresa incumbente que é ampliado se o número do telefone é propriedade da operadora, de forma que ao trocar de prestador de serviço o usuário não o leva consigo. A troca de números de telefone impõe custos potencialmente altos, dependendo do tamanho e da complexidade da rede de contatos do usuário. Uma forma de fomentar a competição na telefonia local, fixa e móvel, é permitir aos usuários manter seus números de telefone quando mudam de operadora.

Uma última questão diz respeito ao grau em que o regulador deve permitir a entrada seletiva de novos participantes em segmentos específicos do mercado, tipicamente no atendimento de grandes consumidores. Baumol e Sidak (1994) discutem três tipos de esquemas que permitem esse tipo de entrada segmentada: o *bypass*, que ocorre quando um grande consumidor cria uma rede própria de acesso às centrais de comutação – bancos e outras grandes empresas às vezes dispõem desse tipo de serviço; a revenda (*resale*), que resulta quando uma empresa compra grandes quantidades de serviços telefônicos com desconto e depois revende para consumidores menores repassando uma parte desse desconto; e o *cream skimming*, também conhecido como "catadores de cerejas" (*cherry picking*). que consiste no atendimento seletivo dos melhores e mais lucrativos clientes.

Freqüentemente, o que torna atraente essa entrada seletiva é a existência de subsídios cruzados entre diferentes tipos de usuários, como ocorre, por exemplo, quando as tarifas não são ajustadas para refletir o fato de que é mais barato servir certos usuários – grandes consumidores comerciais em centros urbanos – do que outros – por exemplo, consumidores rurais. Se os subsídios cruzados foram introduzidos pelo próprio regulador – por exemplo, para viabilizar o acesso de clientes de custo alto – este tenderá a proibir a oferta desses tipos de serviços. No Brasil, por exemplo, as concessionárias de telefonia local têm sido bem

sucedidas em argumentar junto ao regulador que as metas de universalização se tornariam inviáveis se fossem forçadas a cobrar tarifas que refletissem o custo de servir cada cliente. Obviamente, essa situação gera uma ineficiência alocativa, de forma que, em geral, a liberdade de entrada permite aumentar o excedente total.

10.6 **Glossário**

Separação estrutural: consiste na separação dos negócios de uma empresa em segmentos diferentes de atividade em empresas legalmente distintas. É uma regulação estrutural utilizada para minorar os efeitos anti-competitivos advindos da integração vertical de uma empresa dominante controladora de instalações essenciais.

Interconexão é a conexão física de duas redes separadas de forma que os usuários de cada uma delas possa interagir com os da outra sem problemas operacionais.

10.7 **Sugestões de leitura**

[1] A página da internet www.teleco.com.br contém dados para o setor de telecomunicações no Brasil e textos detalhando uma série de questões relativas ao funcionamento e à regulação do setor.

Capítulo XI

Defesa da Concorrência

11.1 Porque a competição é boa e porque a aplicação das leis de defesa da concorrência é necessária?

11.1.1 A Lógica da Defesa da Concorrência

11.1.2 Per se e regra da razão

11.2 Restrições à concorrência

11.2.1 O Modelo Estrutura-Conduta-Desempenho

11.2.2 Estrutura

11.2.3 Conduta

11.3 A legislação e as instituições de defesa da concorrência

11.3.1 As Leis e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

11.3.2 Os procedimentos

11.3.2.1 Fusões Horizontais

11.3.2.2 Condutas anti-concorrenciais

11.4 Estudo de Casos

11.5 Resumo do Capítulo

11.6 Glossário

11.7 Sugestão de leituras

11.8 Exercícios

Box 11.1: Como medir concentração?

Box 11.2: Posição dominante: delito ou eficiência?

11.1 -- Porque a competição é boa e porque a aplicação das leis de defesa da concorrência é necessária?

11.1.1. A Lógica da Defesa da Concorrência

A competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender para o maior número possível de clientes. A sociedade é em geral a maior beneficiária quando essa disputa se dá de forma livre e justa. De fato, a concorrência é o principal mecanismo com que conta uma economia de mercado para garantir o seu bom funcionamento. Em mercados competitivos, as empresas precisam manter seus custos e margens de lucro baixas, oferecer produtos de boa qualidade, e estar sempre inovando, ou correm o risco de serem expulsas do mercado por concorrentes mais hábeis. No longo prazo, a disputa entre empresas em um mercado perfeitamente competitivo leva à maximização das eficiências alocativa, técnica e "dinâmica", entendida como a resultante do progresso técnico, garantindo uma alocação ótima de recursos e o máximo de bem estar social.

Para que haja concorrência perfeita é necessário que o mercado seja caracterizado pela presença de um número muito grande de produtores e consumidores, informação perfeita e racionalidade ilimitada. Neste modelo, as empresas não têm ***poder de mercado***, e têm de se adaptar às condições ditadas pelo mercado – em termos de preço, qualidade dos produtos e condições de venda, por exemplo -- para sobreviverem. Em especial, as empresas têm produtos homogêneos, atuam de forma independente e funcionam como se a demanda por seus produtos fosse infinitamente elástica, de forma que um pequeno aumento de preço acima do seu custo faria desaparecer toda a sua demanda.

Estas são, claro, condições que não se observam na prática. Em especial, no mundo real há mercados dominados por um conjunto não muito grande de firmas. Nestes casos, elas poderão gozar de poder mercado**,** o que lhes permitirá extrair lucros não normais através da fixação de preços acima do custo. Mesmo quando houver muitas firmas, se elas agirem de forma concertada, também conseguirão obter poder de mercado e derivar lucros não normais. Quando fixam o preço acima do custo, essas empresas aumentam seu lucro, mas reduzem o excedente total, em relação ao ideal competitivo. Neste caso, o mercado deixa de maximizar a eficiência e o bem estar social.

O objetivo final da política de defesa da concorrência é promover a eficiência econômica. Isso nem sempre significa defender um regime de laissez-faire, de disputa desregrada entre as empresas. De fato, não é incomum que as empresas adotem práticas que geram uma alocação ineficiente de recursos. Para existir competição, portanto, é necessário em geral que existam regras guiando a disputa entre empresas que, em especial, defendam a concorrência do esforço constante das empresas de reduzi-la.

A política de competição opera através de dois tipos de instrumentos. O primeiro é o estabelecimento de estruturas competitivas de mercado, impedindo o surgimento de firmas dominantes ou um grau de concentração elevado. Tipicamente, as agências de defesa da concorrência fazem isso controlando as fusões de grandes empresas, impedindo a criação de monopólios ou de empresas dominantes. Complementarmente, as autoridades controlam e proíbem certas condutas empresariais, tanto para impedir que um grupo de empresas aja de forma concertada para manipular as condições de oferta, como para impedir que uma empresa dominante abuse de sua posição para prejudicar concorrentes menores.

Esses princípios são aplicados em essencialmente todos os setores da economia, com três exceções relevantes. Primeiro, os setores em que existem monopólios naturais, como é típico na infra-estrutura. Esse tema foi coberto nos capítulos 9 e 10. Segundo, em determinadas situações no mercado financeiro, onde o risco de crises sistêmicas às vezes sobrepõe-se à preocupação com a competição. Trataremos dessa questão no capítulo 12. Por fim, há uma série de situações, em parte explicadas por falhas de mercado e em parte por questões políticas e culturais em que práticas nitidamente anti-concorrenciais são toleradas. É o caso, entre outros, dos sindicatos de trabalhadores, cooperativas agrícolas, e mercados de trabalho regulados, cuja entrada é controlada pelos conselhos profissionais (OAB, CREA etc.).

A política de defesa da concorrência, assim como a regulação econômica, têm como objetivo final promover a eficiência econômica, e freqüentemente se utilizam para isso da competição. Mas a defesa da concorrência atua mais retrospectivamente que a regulação, procurando identificar e corrigir ações, em termos de mudança na estrutura ou condutas, que prejudiquem a concorrência, ao passo que a regulação atua de forma mais pró-ativa e antecipatória, beneficiada por trabalhar tipicamente com um único setor.

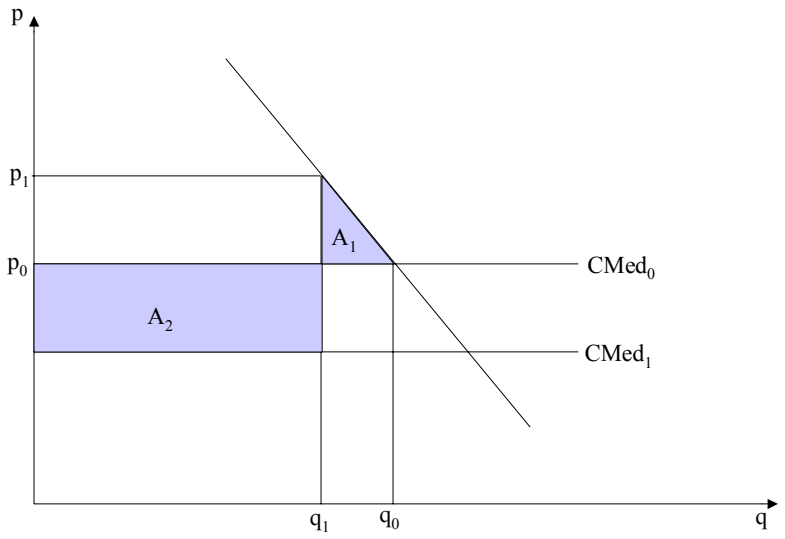
11.1.2 Per se e regra da razão

A competição é o principal mecanismo de que a sociedade se utiliza para maximizar a eficiência e o bem estar social nos setores não sujeitos à regulação econômica, seja esta devida à presença de monopólios naturais, outras falhas de mercado ou o simples jogo político. Ocorre que nem sempre a competição entre as empresas maximiza a eficiência. Em um mundo em que não há informação perfeita, nem racionalidade ilimitada, e em que os agentes econômicos podem agir de forma oportunista, a economia é marcada por custos de transação às vezes elevados. Surgem nesse caso situações em que determinados arranjos, por um lado reduzem a competição, mas por outro levam a ***economias de custos de transação.*** O resultado líquido em termos de bem estar social pode pender para um lado ou outro.

Um exemplo dessa situação aparece na Figura 10.1, originalmente proposta por Oliver Williamson. Na situação inicial, o mercado é atendido por duas empresas, que produzem juntas q_0 e vendem a um preço p_0. Após a fusão, as empresas ganham

poder de mercado e passam a cobrar um preço p_1 e vender uma quantidade q_1, levando a uma redução do excedente do consumidor dada pela área A_1. Por outro lado, a empresa resultante da fusão se torna mais eficiente do que as duas que lhe deram origem, diminuindo seu custo médio de produção de C^0_{Med} para C^1_{Med}, gerando um aumento do seu lucro dado pela área A_2. Neste caso, o excedente total irá variar de $A_2 - A_1$, que pode ser positivo ou negativo.

Figura 11.1: Benefícios (A_2) e Custos (A_1) Sociais Resultantes de uma Fusão Horizontal



Fonte: Viscusi, Vernon e Harrington Jr (1995).

O fato de que nem sempre as fusões ou as práticas empresariais que restringem a concorrência são socialmente indesejáveis, sob a ótica do excedente total, é um dos fatores que torna a aplicação das políticas de defesa da concorrência tão complicada. Quando o impacto líquido de uma iniciativa empresarial sobre o bem estar social não é conhecido a priori, a legislação recomenda que esta seja tratada de forma flexível, e uma decisão sobre sua aprovação ou não só seja tomada após uma análise de cada situação individual. Diz-se que nesse caso a defesa da concorrência é feita usando a ***regra da razão***: a operação é aprovada se o benefício líquido para a sociedade for positivo, e reprovada caso contrário. Para a medição do benefício líquido pode se utilizar o excedente total, como no exemplo acima, ou se atribuir um peso maior ao excedente do consumidor do que ao lucro da(s) empresa(s).

Nem sempre, porém, é necessária uma análise individual para se concluir que uma determinada iniciativa empresarial reduz o bem estar social. Esse é o caso de determinadas condutas que restringem a concorrência, mas não produzem quaisquer economias. Um exemplo é a prática de ***cartel***. Quando as empresas formam um cartel,

elas aumentam o seu poder de mercado, o preço e o lucro, diminuindo, por outro lado, a eficiência alocativa e o excedente do consumidor. Nisso um cartel é semelhante a uma fusão. Mas, como no caso de um cartel não há a integração das atividades produtivas, de distribuição ou de marketing das empresas, não há porque esperar que dele surjam ganhos de eficiência, como os que podem ocorrer com uma fusão. Assim, pode-se concluir que a prática de cartel resulta, quase que por definição, em perda de bem estar social. Não é necessária uma análise individual de cada caso para concluir que essa prática é nociva. Práticas empresariais que têm essas características são proibidas ***per se***, isto é, sem a necessidade de maiores avaliações.

A Cartilha do CADE também classifica o abuso do poder econômico por uma empresa dominante como uma conduta a ser proibida per se, ao observar que, ao praticá-lo, por meio de práticas específicas, a empresa ultrapassa "as fronteiras da razoabilidade. Por prejudicar a ordem econômica e os consumidores, o abuso não encontra qualquer amparo legal, até porque é ato praticado com exercício irregular do direito de livre iniciativa e de propriedade". Neste caso, como em outras condutas proibidas per se, a simples constatação da sua prática já é suficiente para fazer com que as autoridades responsáveis imponham sanções às partes envolvidas, sem a possibilidade de defesa. Obviamente, estes casos tendem a ser resolvidos mais rapidamente do que aqueles que utilizam a regra da razão.

11.2 Restrições à concorrência

11.2.1 O Modelo Estrutura-Conduta-Desempenho

O modelo estrutura-conduta-desempenho é o principal instrumento conceitual a embasar a discussão sobre a defesa da concorrência. O objetivo das políticas de competição, como visto acima, é garantir o adequado desempenho das empresas e, conseqüentemente, a eficiência da economia. A suposição básica é que esse desempenho depende diretamente do comportamento ou conduta das empresas. A conduta dos participantes em um mercado (esforço, políticas de preço, propaganda etc.), por sua vez, é influenciada pela sua estrutura (número de empresas, barreiras à entrada etc.), ainda que não apenas por ela. Dessa perspectiva, o papel das agências de defesa da concorrência é impedir que a estrutura do mercado e/ou a conduta das empresas comprometam o desempenho do mercado, definido com base na eficiência econômica ou maximização do bem estar social.

Em geral se considera esta relação na direção estrutura → conduta → desempenho. A idéia básica é que certas práticas empresariais podem levar a uma alocação ineficiente de recursos, comprometendo o desempenho da economia, e que uma estrutura industrial competitiva irá inibir essas condutas. Mas esta não é a única forma em que esses elementos se influenciam. Por exemplo, uma empresa que tem um bom desempenho tende a aumentar sua participação no mercado e com isso pode alterar sua estrutura. A própria conduta das empresas pode ser voltada para criar barreiras à entrada e obter

poder de mercado. Assim, tão importante quanto a lógica em si de modelo é a análise dos seus elementos, em particular dos tipos de estrutura e conduta que mais atrapalham o bom desempenho da economia.

Os principais determinantes da estrutura de um mercado são o seu grau de concentração e as condições de entrada, que são por sua vez o resultado da tecnologia, do grau de integração vertical das empresas, do grau de heterogeneidade dos produtos comercializados, e do nível das barreiras à entrada. Entende-se por conduta das empresas as suas práticas e decisões quanto às políticas de fixação de preços, os gastos com propaganda, os investimentos e a taxa de utilização da sua capacidade instalada, as atividades de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), e as formas de cooperação ou competição com seus fornecedores, clientes e concorrentes.

As decisões das agências de defesa da concorrência são em geral voltadas para impedir a concentração de um mercado, por exemplo, através da fusão horizontal de dois concorrentes; ou uma piora nas condições de entrada, via, por exemplo, a verticalização de uma empresa dominante; ou condutas empresariais anticompetitivas, como o recurso injustificado a ***sistemas seletivos de distribuição***. Ao tomar essas decisões, essas agências enfrentam duas dificuldades principais. Uma é a já citada dificuldade de ponderar custos e benefícios sociais em casos que justifiquem ser tratados pela regra da razão. A outra é definir quais são as fronteiras do mercado cujo desempenho é afetado por alterações de estrutura ou pela conduta das empresas.

A definição do ***mercado relevante*** é com freqüência a etapa mais difícil e importante na análise de um processo de infração à concorrência. Por exemplo, para se saber se uma determinada fusão vai levar a um grau excessivo de concentração é imprescindível delimitar o mercado em que a nova empresa atuará. Da mesma forma, é impossível avaliar se um determinado acordo operacional entre uma empresa e seus distribuidores pode causar um dano significativo à concorrência sem determinar qual o mercado relevante do ponto de vista da atuação conjunta dessas empresas.

A definição do mercado relevante tem uma dimensão produto e outra geográfica. A primeira consiste em definir que bens ou serviços são substitutos próximos do produto fabricado pelas empresas envolvidas. A identificação de produtos substitutos usualmente foca no lado da demanda, procurando medir a elasticidade de substituição entre eles, para avaliar em que medida os consumidores trocariam um produto pelo outro no caso de "um pequeno mas significante aumento não transitório" do preço do produto em questão, mantidas constantes as condições de venda de todos os demais produtos. Se dois produtos têm um elevado grau de substituição entre si, eles devem ser considerados como pertencendo a um mesmo mercado.

A dimensão geográfica do mercado busca avaliar o grau em que existem concorrentes próximos em tamanho e condições de produção capazes de coibir o exercício de poder de mercado pela nova empresa, tornando pouco interessante para esta promover um

aumento pequeno mais significante preço. Um dos elementos a considerar nessa análise é o custo de transporte, ou mesmo a sua viabilidade. Em princípio, por exemplo, o mercado de bens tenderia a ser geograficamente mais amplo do que o de serviços, o mesmo valendo para os bens e serviços de maior valor específico em relação àqueles em que o custo de transporte cresce rapidamente com a distância em relação ao valor do bem. Esta dimensão procura avaliar, portanto, o grau em que uma pequena mas significante variação não transitória de preços fará outras empresas aumentar a sua oferta. Desta forma, ela considera o grau de substituição pelo lado da oferta.

Uma forma de delimitar o mercado nas duas dimensões é perguntando para que produtos ou firmas concorrentes iriam os clientes da nova empresa se mudar caso esta promovesse um pequeno mas significante aumento não transitório no seu preço. Ou, alternativamente, que produtos e firmas um monopolista deveria controlar, ou um cartel abranger, de forma que pudesse ser bem sucedido em aumentar seu lucro através de um aumento de preço com essas características. Obviamente, nos dois casos, o que é um "pequeno mas significante aumento" de preço é algo arbitrário, o que torna esse critério menos objetivo do que pode parecer à primeira vista.

Às vezes, o relevante do ponto de vista da defesa da concorrência são sub-mercados bem definidos, e não o mercado mais amplo em que atuam as empresas. Viscusi et alli (1994) observam que em certos casos as fronteiras desses sub-mercados podem ser determinadas por evidências práticas, como o reconhecimento público desse sub-mercado, enquanto uma entidade econômica em separado, as peculiaridades características do produto e de seus usos, instalações de produção únicas, clientes e/ou preços bem definidos, sensibilidade a mudanças de preços, e vendedores especializados.

11.3 **A legislação e as instituições de defesa da concorrência**

O Brasil tem há várias décadas dispositivos legais de defesa da concorrência. A Constituição de 1946, no seu Artigo 148, já estabelecia que

> "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros."

Apenas em 1962, porém, esse artigo seria regulamentado, através da Lei 4137, que criou o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), tipificou com mais detalhe os abusos do poder econômico que deveriam ser punidos pelo CADE, e instituiu os procedimentos a serem seguidos nas averiguações, entre outras disposições. Eram consideradas abuso do poder econômico a monopolização e a eliminação da concorrência via acordos entre empresas, fusões e aquisições, e criação de barreiras à entrada ou ao desenvolvimento de concorrentes; o exercício do poder de monopólio; a exigência de exclusividade para propaganda e a combinação prévia entre participantes de concorrências públicas.

O CADE foi inicialmente composto de um presidente e mais quatro membros, nomeados pelo Presidente da República. O presidente do CADE tinha mandato em aberto, sujeito à exoneração a qualquer momento por decisão do governo, enquanto os demais membros tinham mandatos fixos de quatro anos. O presidente do CADE designava o seu procurador-geral, que participava das reuniões, mas sem direito a voto. Um aspecto importante dessa lei era atribuir ao próprio CADE a responsabilidade por fiscalizar a conduta das empresas, fazer averiguações, instaurar os processo, julgar os casos e, quando necessário, ordenar as providências cabíveis.

A atual legislação de defesa da concorrência começou a ser implantada no início dos anos 1990. Inicialmente, a Lei 8137, de dezembro de 1990, ampliaria ligeiramente a lista de condutas classificadas como crimes contra a ordem econômica, incluindo, por exemplo, a ***venda casada***, e fortaleceu a capacidade do setor público obter informações sobre o custo de produção e preço de venda das empresas. Esse processo teria continuidade com a promulgação, em especial, da Lei 8158, de janeiro de 1991. Esta Lei ampliou a lista de condutas que constituíam infrações à ordem econômica e atribuiu à, então chamada, Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) a responsabilidade por apurar e propor medidas para corrigir essas condutas. A Lei também definiu os procedimentos a serem seguidos pela SNDE nesses processos, e estabeleceu que caso as recomendações da SNDE não fossem atendidas, o caso deveria ser levado a julgamento pelo CADE, além de as empresas envolvidas serem em diferentes cadastros de informações negativas. A Lei também deu à SNDE e ao CADE a possibilidade de adotar medidas preventivas quando julgassem necessário.

A Lei 8158 também introduzia mais claramente o princípio da regra da razão na análise de fusões ou incorporações de empresas, assim como de "ajustes, acordos ou convenções" que pudessem limitar ou reduzir a concorrência entre as empresas. Esses poderiam ser aprovados desde que gerassem economias ou fossem voltados para estimular o desenvolvimento econômico ou as exportações; os consumidores também fossem beneficiados; não comprometessem a concorrência além do necessário para a obtenção desses benefícios; e não reduzissem excessivamente a concorrência de uma parte excessiva do mercado. A SNDE, depois apenas Secretaria de Direito Econômico (SDE) ficou responsável por avaliar se essas condições eram satisfeitas e aprovar essas operações e acordos. Além disso, a Lei transferiu para a SNDE a estrutura cargos e funções do CADE, exceto por seu presidente, conselheiros e procurador.

Tanto a Lei 4.137 como a 8.158 foram expressamente revogadas pela Lei 8.884, que determina as atuais regras legais da defesa da concorrência no Brasil – com as alterações pontuais adicionadas pelas Leis 9.021, de março de 1995; 9.069, de junho de 1995; 9.279, de maio de 1996; 9.470, de julho 1997; 9.784, de janeiro de 1999; 9.873, de novembro de 1999; e 10.149 de dezembro de 2000.

A Lei 8.884 deu ao CADE a responsabilidade por decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as devidas penalidades, com base nos processos instaurados pela SDE. O CADE também pode aprovar termos de compromisso de

cessação de prática e de compromisso de desempenho, sendo-lhe facultado determinar à SDE que fiscalize o cumprimento desses compromissos por parte das empresas.

A legislação estabelece que a defesa da concorrência é uma atribuição conjunta do CADE, da SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Juntos, os três formam o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). O SBDC é o responsável final pela regulação das estruturas de mercado no país, aprovando as fusões e demais atos de concentração; e, fora de alguns setores regulados, por coibir condutas anticompetitivas e promover a competição em geral. A SDE e a SEAE funcionam como instâncias de investigação e instrução dos processos. O CADE é a instância judicante.

A porta de entrada do Sistema é a SDE, encarregada de receber e averiguar preliminarmente as denúncias de infrações à ordem econômica. Em julgando pertinente, a SDE deverá aprofundar a análise da denúncia, coligindo provas e fatos, através da obtenção de documentos e da realização de estudos e entrevistas. A análise da SDE envolve essencialmente os aspectos legais do caso. À SEAE cabe avaliar as questões econômicas, inclusive os custos e, quando for o caso, os benefícios envolvidos. A SEAE age por provocação da SDE e, assim como esta, elabora um parecer sobre o caso que é depois enviado ao CADE, junto com documento semelhante produzido pela SDE, para o julgamento final da denúncia.

A SDE é uma das Secretarias do Ministério da Justiça, sendo o seu titular indicado pelo Ministro e passível de remoção a qualquer momento. As suas competências extrapolam a defesa da concorrência, incluindo também a proteção aos direitos do consumidor, conforme ditado pela Lei 8.078, de 1990, que lhe atribui o papel de coordenadora do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Conforme exposto na página da SDE na internet (www.mj.gov.br/sde), constam do decálogo de competências da Secretaria:

"I - formular, promover, supervisionar e coordenar a política de proteção da ordem econômica, nas áreas de concorrência e defesa do consumidor;

II - adotar as medidas de sua competência necessárias a assegurar a livre concorrência, a livre iniciativa e a livre distribuição de bens e serviços;

III - orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de proteção e defesa da livre concorrência e dos consumidores;

IV - prevenir, apurar e reprimir as infrações contra a ordem econômica;

V - examinar os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços;

VI - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante no mercado relevante de bens e serviços, para prevenir infrações da ordem econômica;

VII - orientar as atividades de planejamento, elaboração e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor;

VIII - promover, desenvolver, coordenar e supervisionar atividades de divulgação e de formação de consciência dos direitos do consumidor;

IX - promover as medidas necessárias para assegurar os direitos e interesses dos consumidores; e

X - firmar convênios com órgãos e entidades públicas e com instituições privadas para assegurar a execução de planos, programas e fiscalização do cumprimento das normas e medidas federais."

A SEAE surgiu em 1995, após o Plano Real, com a divisão das atribuições até então sob responsabilidade unificada da Secretaria de Política Econômica, que continuou a existir com competências mais restritas. À SEAE coube de início uma das até então mais prestigiosas atividades exercidas pelo Ministério da Fazenda, de cuja estrutura faz parte: acompanhar e controlar os aumentos de preços e tarifas públicas. Com isso, herdou também o quadro de funcionários que trabalhavam na antiga Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB) e no Conselho Nacional de Preços (CIP).

O conhecimento acumulado por estas duas instituições foi fundamental nos primeiros meses do Plano Real, mas com a queda da inflação e a progressiva liberalização de preços na economia essas competências começaram a ser gradualmente reorientadas para a defesa da concorrência; o acompanhamento da regulação dos serviços públicos; o acompanhamento e análise das políticas de comércio exterior; e a regulação residual de um grande conjunto de setores sujeitos a estruturas de mercado pouco competitivas ou a graves assimetrias informacionais, das concessões de transporte rodoviário interestadual e internacional às loterias e funerárias.[1] Para exercer essas funções a SEAE se organiza em seis coordenações gerais, sendo duas de defesa da concorrência, e uma cada para serviços públicos e infra-estrutura, produtos industriais, produtos agrícolas e agroindustriais, e comércio e serviços.

O CADE é uma autarquia federal criada em 1962 e vinculada ao Ministério da Justiça, com jurisdição nacional e sediada no Distrito federal. Sua instância superior é o Plenário, composto por sete membros, sendo um presidente e seis conselheiros, todos nomeados pelo Presidente da República e após aprovação do Senado Federal, para um mandato fixo de dois anos, com direito a uma recondução. Os membros do CADE só podem ser exonerados por decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República; em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso; por

[1] As competências da SEAE foram redefinidas em julho de 2004 pelo Decreto 5.136.

corrupção; por exercer outras atividades que não as permitidas constitucionalmente (essencialmente, o magistério); ou por faltar a três reuniões ordinárias consecutivas ou vinte intercaladas.

O CADE tem uma procuradoria, responsável por prestar assessoria jurídica, defende-lo em juízo e promover a execução judicial de suas decisões. O procurador-geral é indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal. O procurador-geral participa das reuniões do CADE, mas não tem direito a voto. Junto ao CADE também funciona um representante do Ministério Público Federal.

11.6 -- Glossário[2]

Abuso do poder econômico: ocorre quando uma empresa dominante usa de forma ilegítima o poder que detém no mercado, aproveitando-se de sua condição de superioridade econômica para prejudicar a concorrência, aumentando arbitrariamente seus lucros.

Acordo de exclusividade (*): ocorre quando compradores de um determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais(1). O efeito econômico é similar ao efeito da restrição territorial. Em ambos os casos a competição via preços é limitada. O estabelecimento de um acordo de exclusividade pode elevar os custos de entrada de competidores potenciais ou elevar os custos de rivais efetivos no mercado do provedor, aumentando a possibilidade de exercício de poder de mercado no setor correspondente. Os acordos de distribuição exclusiva aumentam o poder de mercado do provedor na medida em que conseguem restringir o acesso de rivais potenciais ou efetivos aos sistemas de distribuição, obrigando-os a constituir canais próprios.

Acordo de Leniência (*): programa de redução de penas para os infratores à ordem econômica que se apresentarem espontaneamente às autoridades antitruste, instituído pela Lei n.º 10.149/00 e regulamentado pela Portaria MJ n.º 849/00. Mediante o programa, aqueles que cooperarem com o Governo, identificando os demais co-autores da infração e apresentando provas concretas, poderão ser poupados de processo administrativo ou ter as suas penas reduzidas de um a dois terços. A Lei n.º 10.149/00 garantiu sua extensão à esfera penal, significando que o cumprimento do acordo de leniência extingue a punibilidade criminal das infrações à ordem econômica, caso se constituam em crime de ação penal pública.

(Prática de) Cartel (*): acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas ou a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitação pública. Os cartéis "clássicos", por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, de um lado, e nenhum benefício econômico compensatório, de outro, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica existente.

(Atos de) Concentração econômica (*): atos "que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal, vertical ou conglomeração), seja através de fusão ou de incorporação de empresas, de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa, ou do grupo de empresas resultante, igual ou superior a 20% (vinte por

[2] As definições marcadas com (*) são baseadas no Glossário da SEAE.

cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)". Definição em conformidade com o § 3º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94.

Concentração horizontal (*): concentração que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante.

Concentração (ou integração) vertical (*): concentração que envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços distintos e que fazem parte da mesma cadeia produtiva.

Condutas oportunistas (*): são condutas verificadas quando uma parte envolvida em um determinado contrato procura aproveitar-se, às custas da outra parte, do processo de renegociação do referido contrato.

Condutas anticompetitivas (*): vide "repressão a condutas anticompetitivas".

Conglomeração (*): concentração que envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços distintos que podem ou não ser complementares entre si, mas que, certamente, não fazem parte da mesma cadeia produtiva. Genericamente, uma conglomeração é saudável à competição, pois significa a "entrada" de uma empresa em um determinado mercado de produto ou serviço. No entanto, uma conglomeração pode ter efeitos nocivos à concorrência quando houver complementariedade entre os produtos ou serviços envolvidos.

Custos irrecuperáveis ou afundados *(sunk costs)* (*)*: são custos que não podem ser recuperados quando a empresa decide sair do mercado. A extensão dos custos irrecuperáveis depende principalmente: 1) do grau de especificidade do uso do capital; 2) da existência de mercados para máquinas e equipamentos usados; 3) da existência de mercados para o aluguel de bens de capital; 4) do volume de investimentos necessários para garantir a distribuição do produto (gastos com promoção, publicidade e formação da rede de distribuidores).

Custos de transação (*): gastos associados às transações entre agentes econômicos, de modo geral, que não se expressam nos preços acordados entre as partes, sendo exemplo o custo de elaborar e aplicar um contrato.

Discriminação de preços (*): situação em que uma firma fixa preços distintos, para produtos idênticos, conforme o comprador.[3]

***Dumping* (*)*:** Pela definição do GATT [4], *dumping* ocorre quando o preço FOB do produto exportado para o país 2 for menor que o preço do produto similar no país 1, de origem (chamado valor normal). Se a comparação anterior não puder ser feita,

dumping será definido quando o preço FOB do produto exportado para o país 2 for menor do que uma das seguintes alternativas: (a) o preço do produto similar exportado do país 1 para outros países ou, (b) os custos de produção e venda do produto exportado.

Economias de Custos de Transação (*): são reduções nos custos médios de produção derivadas da eliminação de gastos associados à transação com provedores ou distribuidores, que não se expressam nos preços acordados entre as partes.

Escala eficiente mínima: ponto a partir do qual não há mais economias de escala a serem obtidas ampliando a capacidade de produção.

Empresa dominante: ocorre uma posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial do mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (Lei 8.884).

Fixação de preços de revenda (*): situação em que fornecedor fixa um preço mínimo de revenda do produto, criando o incentivo para os revendedores competirem em outra dimensão, que não a do preço. Por exemplo, se o preço que o distribuidor paga para o produto for R$10,00, e o preço mínimo de revenda for R$30,00, cada distribuidor tem o incentivo de gastar até R$20,00 para atrair os consumidores, através de propagandas, brindes e etc., sem precisar reduzir preços para atrair os consumidores.

Fusão (*): Ato por meio do qual dois ou mais agentes econômicos independentes formam um novo agente econômico, deixando de existir como entidades jurídicas distintas. Diz-se que uma fusão é ***horizontal*** quando ela envolve duas empresas atuando no mesmo mercado, e ***vertical*** quando se dá entre empresas que têm ou podem desenvolver uma relação cliente-fornecedor.

Índice de Lerner (L): igual à razão entre a diferença entre o preço e o custo marginal e o preço e ao inversa da elasticidade preço da demanda, é um indicador do grau de poder de mercado de uma empresa:

$L = \frac{P - CMg}{P} = \frac{1}{e}$, onde e é a elasticidade de demanda. O preço, o custo e a elasticidade são medidos no nível de produção que maximiza o lucro da empresa.

Mercado relevante: "Um mercado é definido como um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é vendido de tal que forma que uma empresa hipotética que busca maximizar o seu lucro, sem estar sujeita a regulação de preço, que fosse a única produtora ou vendedora, presente ou futura, desses produtos nessa área iria provavelmente impor ao menos 'um pequeno mas significante aumento não transitório' de preço, assumindo que os termos de venda de todos os outros

produtos são mantidos constantes. Um mercado relevante é o grupo de produtos e a área geográfica que é não maior do que o necessário para satisfazer este teste." (US Department of Justice e Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines", 1997, p. 4)

Per se é uma regra de acordo com a qual certas condutas empresarias com óbvias conseqüências anti-competitivas e sem indicação de que possam trazer benefícios sociais comensuráveis devem ser proibidas sem a necessidade de proceder-se a uma análise individual de cada caso.

Poder de mercado: quando uma empresa tem a capacidade de fixar um preço acima do custo marginal de forma não transitória. Neste caso, seu índice de Lerner será positivo, o que implica que a empresa trabalha com uma curva de demanda com elasticidade preço finita.

Preços Predatórios (*): situação em que uma firma reduz o preço de venda de seu produto, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo. Em muitas definições existentes na literatura microeconômica, a firma reduz o preço de seu produto abaixo de alguma medida de custo, como por exemplo, o custo marginal. Em mercados em que as firmas são idênticas (isto é, igualmente eficientes, com custos marginais parecidos), a prática de preços predatórios não é uma estratégia que deverá ser adotada, pois a "firma predatória" não terá certeza se as outras realmente sairão do mercado. Já em mercados em que as firmas não são idênticas, a mais eficiente poderá ter incentivo em abaixar preço, fixando-o entre (ou até) o custo marginal dela (mais baixo) e o das outras (mais altos), pois ela terá, no máximo, lucro zero no curto prazo, enquanto as outras, se a seguirem, poderão ter grandes prejuízos.

Produto homogêneo (*): produtos que são considerados, pelos consumidores, substitutos perfeitos.

Produto heterogêneo (*): produtos que são considerados, pelos consumidores, substitutos imperfeitos.

Promoção (advocacia) da concorrência (*): uma das vertentes de atuação do SBDC. Refere-se ao papel educacional das autoridades antitruste na disseminação da "cultura da concorrência" e ao papel de, direta ou indiretamente, essas autoridades influírem na formulação das demais políticas públicas, de modo a garantir que a concorrência seja, ao máximo, incentivada.

Repressão a condutas anticompetitivas (*): uma das vertentes de atuação do SBDC. Consiste na apuração de condutas nocivas à concorrência levadas a cabo por empresas que detêm poder sobre determinado mercado, das quais são exemplo a prática de cartel, a prática de preços predatórios, as vendas casadas, os acordos de exclusividade, a

discriminação de preços, a fixação de preços de revenda e as restrições territoriais. Para promover a apuração dessas condutas e conforme o caso, a Seae pode realizar **Procedimento Administrativo** destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, enquanto a SDE pode promover **Averiguação Preliminar** ou instaurar diretamente **Processo Administrativo.** O CADE julga, então, com base nas opiniões da Seae e da SDE se houve configuração de infração à ordem econômica. Nas análises de condutas anticompetitivas, a manifestação da Seae é facultativa. Ver arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 e Lei nº 10.149/00.

Regra da razão é um princípio de acordo com o qual a decisão sobre a proibição ou não de uma determinada iniciativa empresarial deve ser tomada contrastando os custos resultantes das suas conseqüências anticompetitivas com os ganhos que a justificam de uma ótica comercial – em termos de economias obtidas, segurança do consumidor, reputação etc.

Restrição territorial (*) é um acordo feito entre o fornecedor e o distribuidor, em que o primeiro compromete-se a não permitir que um outro distribuidor localize-se dentro de uma certa área, preservando um território exclusivo para o segundo, limitando a competição via preços entre os distribuidores.

Sistemas Seletivos de Distribuição são restrições prejudiciais à livre concorrência, impostas, injustificadamente, pelo fabricante ao distribuidor, utilizadas para discriminar distribuidores, vendedores e consumidores. Entende-se serem justificáveis as restrições voltadas para manter um padrão eficiente de distribuição e oferecer serviços de manutenção e garantias ao consumidor. A legislação antitruste reprimirá o agente sempre que o mesmo, sem motivação plausível, impedir o acesso do consumidor a uma determinada mercadoria. (Cartilha do CADE)

Venda casada (*): prática comercial que consiste em vender determinado produto ou serviço somente se o comprador estiver disposto a adquirir outro produto ou serviço da mesma empresa. Em geral, o primeiro produto é algo sem similar no mercado, enquanto o segundo é um produto com numerosos concorrentes, de igual ou melhor qualidade. Desta forma, a empresa consegue estender o monopólio (existente em relação ao primeiro produto) a um produto com vários similares. A mesma prática pode ser adotada na venda de produtos com grande procura, condicionada à venda de outros de demanda inferior.

11.8 Exercícios

11.8.1 -- A notícia a seguir foi publicada no jornal O Globo, de 5 de janeiro de 2005, página 25. Como você construiria a defesa das montadoras neste caso? O Ministério Público Estadual está exacerbando suas funções envolvendo-se neste caso?

Abuso de preço leva MP a processar montadoras

SÃO PAULO. As quatro maiores montadoras do país — General Motors, Volkswagen, Fiat e Ford — estão sendo processadas pelo Ministério Público paulista (MPE) por prática abusiva de preços na venda de autopeças às concessionárias. A ação, que corre desde novembro na 40 Vara Cível de São Paulo, foi motivada por uma representação da Fenabrave, a federação nacional dos distribuidores de veículos, junto ao MPE.

Baseada num inquérito civil que durou mais de três anos e tem quase duas mil páginas, o MPE pede que a Justiça suspenda liminarmente a cláusula de exclusividade a que as montadoras submetem as revendas para compra de autopeças e a fixação de um teto de 30% de margem sobre o preço de custo de cada item.

O inquérito do MPE constatou que os preços cobrados pelas montadoras para certos itens chegam a ser 620% mais altos que os de distribuidores independentes de autopeças. Hugo Maia, presidente da Fenabrave, observa que as montadoras têm estruturas muito pesadas que encarecem seus custos e por isso não lhes permite competir com os distribuidores independentes de autopeças. As montadoras citadas na ação disseram que só irão se pronunciar quando houver decisão da Justiça.

Referências

McWilliams, Abagail e Dennis Smart, 1993, "Efficiency v. structure-conduct-performance: Implications for strategy research and practice". Journal of Management, vol. 19, No. 1, pp. 63-78.

CAPÍTULO XII: REGULAÇÃO DOS MERCADOS FINANCEIROS

12.1 Economia Monetária

12.2 Sistema Financeiro: porque é importante estudar e conhecer os mecanismos do sistema bancário e do sistema de crédito

12.3 Funções e Organização do Sistema Financeiro Nacional

12.4 Justificativas para regular os mercados financeiros

12.5 Alguns números: Uma descrição do setor financeiro no Brasil (profundidade, crescimento, estabilidade, riscos, concorrência, oferta de crédito, etc.

12.6 Direito e instituições dos mercados financeiros: juros e a oferta de crédito

12.7 Garantias bancárias e oferta de crédito

12.8 Insolvência e crédito

12.9 Estudo de casos

12.10 Resumo do Capítulo

12.11 Glossário

12.12 Sugestão de leituras

12.13 Exercícios

12.1 - Economia Monetária

Não há economia sem direito e sem trocas. No clássico *As Aventuras de Robinson Crusoe,* de Daniel Defoe, o náufrago que consegue se salvar em uma ilha deserta tem necessidades básicas de consumo como qualquer um. Como não existe lá um mercado – ou pelo menos uma estrutura econômica ou jurídica digna desse nome – não há com quem trocar nem tampouco quaisquer trocas. Só quando chega Sexta-Feira, o outro náufrago, é que se pode iniciar um verdadeiro processo econômico. Trata-se da produção de excedentes. Existem produtos excedentes porque não conseguem consumir tudo o que produzem; estragam-se com facilidade e não servem para nada mais. Uma vez que as necessidades básicas já tenham sido preenchidas, outras surgem. Daí é que decorreria o desenvolvimento da primeira noção de cultura econômica: as trocas dentro do próprio grupo ou com outros grupos que possuíssem contato. São as trocas dos excedentes que passam a viabilizar o mercado. Se Sexta-Feira não existisse, Robinson Crusoe não teria com quem trocar o excesso de sua produção.

A troca econômica, neste sentido, é dar o que se tem para receber o que se quer. Historicamente, a primeira forma de troca foi o escambo. O escambo é a permuta pura e simples: é preciso ter o que o outro quer, mas (principalmente) querer o que o outro tem. Posso, naquele determinado momento, já não mais precisar de peles de lobo para me aquecer, mas de milho para me alimentar. No entanto, a equivalência entre espigas de milho e peles de lobo é mais complexa do que parece à primeira vista. Como atribuir valor a uma pele de lobo? A troca, entre elementos distintos traz um outro problema sério, que é o da divisibilidade em pequenas unidades. Se quero permutar uma vaca, mas desejo apenas duas peles de lobo, não será possível realizar o negócio, já que, literalmente, não posso partir a vaca ao meio.

Além disto, os grupos sociais, extrativistas por excelência, não se fixavam em um determinado lugar, exatamente pelo caráter rudimentar de suas atividades, e pelo

uso que faziam da natureza. Esse nomadismo tornava o processo de permuta igualmente complicado.

A escolha de um bem padrão, como o sal, o chocolate ou qualquer outro, passa a ser uma etapa natural para as trocas. Escolhe-se um denominador comum, o que também apresenta outras dificuldades adicionais. Como todos os outros valores passam a ser medidos por este bem-padrão, é necessário que ele também seja raro: o passo seguinte é estabelecer um produto de aceitação geral, mas que não esteja ao alcance de todos.

Com a descoberta de um padrão de medida, as trocas se facilitam, mas nem por isso o processo se popularizou. Ainda, são necessárias duas operações, quando não se tem o produto-padrão. Ou seja, se o meio de troca fosse o sal, para se trocar boi em cavalo, era necessário trocar-se boi por sal e sal por cavalo. E é lógico, o valor, tanto do boi quanto do cavalo, não é constante: varia de acordo com a raça, a idade, o peso do animal etc. Os permutadores passam a aceitá-la e com ela adquirem outros bens ou serviços, não somente para utilizá-la na satisfação de uma necessidade. O comércio, entretanto, só vai deslanchar com a moeda metálica, o meio universal para a troca.

FOTO MOEDA

A moeda apresenta diversas vantagens sobre o escambo ou sobre quaisquer outros mecanismos de troca. A primeira e mais imediata é a sua *divisibilidade* em unidades, daí a expressão "unidades monetárias". Uma outra vantagem é a sua *portabilidade*, ou seja, a capacidade que tem de ser mais facilmente manuseada, podendo circular entre as pessoas. A evolução natural da moeda metálica, passando pelo latão, cobre ou prata, deu-se preferencialmente pelo ouro.

POR QUÊ O OURO ?

Por quê a escolha sobre o material a ser utilizado recaiu sobre o ouro ?

(a) Segundo suas atribuições naturais e materiais, trata-se de um metal que possui atributos químicos de durabilidade, resistência, que poucos outros têm. Principalmente pela inalterabilidade de sua composição, imune à deterioração ou destruição e cuja ação do tempo é reduzida ao mínimo; é homogênea e divisível, sem mencionar o fato de que apresenta características semelhantes com relação a outros metais. Por conta de tais características, é mais fácil adotá-lo como padrão universal.

(b) Também se destaca pela a transferibilidade, facilidade de manuseio e transporte. Pelo pequeno peso, é relativamente fácil de ser transportado e manuseado.

(c) Valor místico e caráter simbólico: Platão via mágica nestes materiais, símbolos de beleza, reluzência e brilho. O ouro, desde épocas imemoriais, era visto como tributo aos deuses, como bem divino - símbolo de toda aliança do homem com os poderes superiores.

(d) É lógico que, para ciência econômica moderna, existe apenas uma única explicação para a escolha dos metais preciosos agirem como moeda: sua raridade e, como conseqüência, seu custo. Robertson aponta uma *"raridade relativa"* [1] já que não seria absolutamente impossível o seu acesso, o que lhe permite a oferta em determinados volumes para as relações de troca, mas mesmo assim não em quantidades excessivas que impeçam o uso.

Da moeda ao papel-moeda e à moeda escritural, a história é conhecida.[2]. Seria importante, agora, descrevermos a noção de sistema monetário e verificar qual asua relação com sistema financeiro. François Perroux definiu bem o que é um sistema monetário: *"Um sistema monetário é o conjunto de elementos jurídicos, proporções e relações econômicas e também de circunstâncias de puro fato, que caracterizam a circulação de moeda nos limites de uma nação, e nas relações dessa nação com outras nações. "* [3]

[1] Paul HUGON. *Moeda*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Zahar. 1969. pág. .12

[2] Sobre o tema em especial, ver em especial Jack WEATHERFORD. *The history of money*. NY : Three Rivers Press, 1997

[3] François PERROUX. *Capitalismo*. 2ªedição.São Paulo: Difusão Européia do Livro. 1970.p.32

Alguns elementos específicos compõem um sistema monetário, quais sejam, a unidade monetária, o padrão de valor, a lei monetária e aos agentes econômicos a quem se destinam os três elementos anteriores. Senão, vejamos.

(a) Unidade Monetária: unidade de conta, distinto dos instrumentos de pagamento. Na Inglaterra do Século XVIII, por exemplo, a unidade monetária era a *libra esterlina*, dividida em 20 *xélins*, enquanto os instrumentos de pagamento (as moedas em si) eram as *guinéas de ouro* ou o *esterlina de prata.*

(b) Padrão de Valor - O Estado adota um padrão (que por muito tempo foi o ouro e/ou a prata) para atribuir à sua unidade monetária um determinado valor. Isso pode representar uma divisa estrangeira (como no Equador, cuja moeda corrente está atrelada ao dólar americano) uma "cesta" de divisas, títulos do governo, enfim, um padrão que se denomina lastro monetário.

(c) Lei Monetária – Trata-se do conjunto de regras e normas que disciplinam a moeda: desde o privilégio emissor, o curso forçado ou poder liberatório, bem como quaisquer outros conjuntos normativos que têm como objeto regulamentar a "economia" da moeda.

(d) Agentes Econômicos: poupadores, emprestadores e intermediários – Todo sistema monetário tem como destinatário, seja da lei monetária, seja do padrão estabelecido para a unidade monetária em questão, todos aqueles diversos agentes econômicos que fazem parte da sociedade. Estão nessa importante categoria os poupadores, os emprestadores e os intermediários financeiro, bem como o próprio Estado.

Se a moeda é, por excelência, o instrumento ideal, para intermediar as trocas, é preciso contextualizar a noção do porquê é importante o seu estudo e como funcionam os mecanismos a ela relacionados. Antes precisamos entender e

conhecer quais são os princípios que inspiram o sistema de crédito e o sistema bancário. É o que veremos adiante.

12.2 - Sistema Financeiro: porque é importante estudar e conhecer os mecanismos do sistema bancário e do sistema de crédito.

Em importante trabalho, Douglass North apresenta algumas condições que possibilitariam o desenvolvimento econômico.[4] Para ele são as instituições a principal mola do desenvolvimento. Entre essas instituições, está o Direito, um conjunto de regras do jogo que sejam caracterizadas pela eficiência e aplicabilidade. As regras estáveis, eficientes e aplicáveis permitem obter um ambiente institucional propício e favorável ao desenvolvimento econômico, ao investimento e à poupança. Todo o processo de decisão é mais seguro quando se confia na regra do jogo; os jogadores se comportam segundo tal regra (e se sabe que os transgressores serão punidos). Ela é central para motivar todos a pouparem ou a consumirem; a investirem ou não. Todos os sinais são evidentes e constantes.

Ter um bom sistema financeiro é precondição necessária ainda que não seja suficiente, para um país moderno. Como intermediador de recursos, cabe a esse sistema avaliar e transformar o risco dos devedores em oportunidade aos credores. É o sistema financeiro que permite, também, menores custos de transação, aumentando a criação de valor para o poupador em seu investimento. Se a gestão de risco e a produção e disseminação de informações fossem algo banal, não seria necessário que certos agentes se especializassem em determinadas funções, como veremos adiante. Todos estariam aptos a decidir o que fazer com seus recursos excedentes e como lucrar com isso. Sabemos que no mundo moderno, um meio de movimentar riqueza é o sistema financeiro. Só para se ter uma idéia da magnitude

[4] Douglass C. NORTH. *Structure and change in economic history.* New York : WW Norton, 1981.

do sistema financeiro, quase 98% do PIB (o total da riqueza de um país) passa pelo sistema financeiro.

Um sistema financeiro suficientemente maduro propicia, de maneira competitiva, o aumento da oferta de crédito e da gama de produtos e serviços financeiros disponíveis. Seria equivocado compreender o sistema financeiro como sendo exclusivamente constituído por bancos. Como será visto adiante, bancos são apenas um dos componentes do sistema financeiro, conhecidos como intermediadores indiretos. Por ora, é melhor entender o sistema financeiro como um o conjunto de instituições que permitem a circulação de riqueza e que facilita a transferência de moeda entre os agentes econômicos. Não há país desenvolvido no mundo que não tenha um sistema financeiro sólido e atuante. E como todo sistema sólido, ele deve se guiar por determinados princípios.

Princípios são prescrições de grande generalidade que expressam, em linguagem, certas regras de orientação que serão decifradas e depois internalizadas pelo Direito. Por exemplo, os princípios de direito servem de base e fundamento para construção das demais regras positivas dentro do sistema jurídico. Princípios formadores são, como conseqüência, enunciados de caráter geral com função específica de definir o desenvolvimento das demais leis, e sobre os quais tais leis são derivadas.

A respeito de uma descrição para os princípios formadores do mercado financeiro, Quiroga ensaiou defini-los em cinco tipos diferentes, orientados pelo escopo de proteção ao cidadão.[5] O primeiro princípio é o da *proteção da mobilização da poupança nacional* e diz respeito à função da própria intermediação financeira – ou seja, a "mobilização" – aquilo que se refere à transferência de recursos dos agentes superavitários para os deficitários com o intuito de criar riquezas.

[5] Sobre tal classificação, fundamentalmente, ver a divisão apresentada por Roberto QUIROGA. *Os princípios formadores do Direito do Mercado Financeiro.* In: Aspectos Atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais. I , org. Roberto QUIROGA. São Paulo : Dialética, 1999. pág. 259.

O segundo princípio diz repeito à *proteção da economia popular*, tendo em vista o fato de que, intermediadores financeiros estão sujeitos à quebra e à insolvência, devido aos riscos inerentes do crédito e das operações financeiras, e que vem se tornando a principal razão para se regular. Este princípio formador, no direito brasileiro nasceu pela expressão erigida na Constituição de 1988, e que celebra a economia popular como um dos ditames de um sistema financeiro "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir os interesses da coletividade."

O terceiro princípio é o *princípio da estabilidade da entidade financeira*, podendo ele mesmo estar ligado ao princípio da proteção da economia popular: se o sistema sofrer colapsos (em função do desrespeito contratual às obrigações assumidas, seja por liquidação extrajudicial ou mesmo falência) serão os poupadores - a economia popular - as principais vítimas.

O quarto princípio é *princípio do sigilo bancário* que foi consagrado em nosso ordenamento jurídico pela própria Constituição de 1988 como um dos direitos individuais (como no artigo 5º, incisos X e XII) e que diz respeito às informações dos valores depositados ou aplicados, sacados ou pagos pelos cidadãos, enfim, a informações que são resguardadas pela proteção à privacidade.

Finalmente, o quinto princípio é o da proteção da transparência de informação, que trata justamente da necessidade de se oferecer transparência no tratamento das informações ao público investidor. É o anverso do princípio do sigilo bancário, pois, enquanto este protege as informações individuais, aquele resguarda a informação dada ao público. O escopo de tal princípio é justamente o de proteger aqueles que não têm informações privilegiadas e que estariam em situação de desvantagem perante os demais. Por outro lado, garantir a transparência das informações que se dá ao depositante também é forma de reduzir as "assimetrias" entre os bancos e seus clientes. Por exemplo, um banco gestor de um fundo tem a obrigação de informar aos seus cotistas sobre onde, como e porque está a adotar

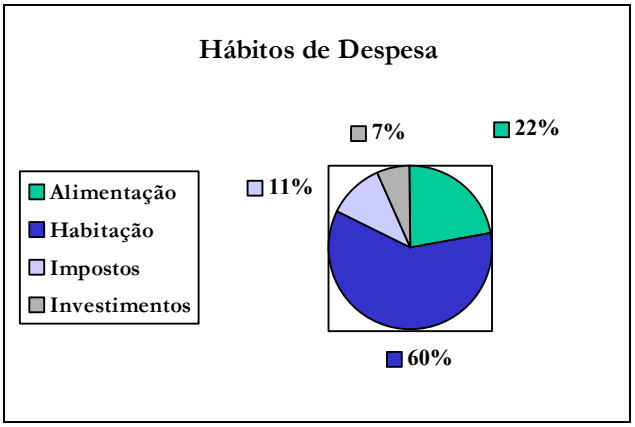
aquela estratégia de investimento. O debate acerca da *disclosure* (ou disponibilização de informações) é exatamente este.

Esses cinco princípios orientaram a elaboração dos vários diplomas legais que disciplinam o sistema financeiro nacional. Sobre eles, muito mais poderia ser dito, mas é claro que o importante é compreender que o direito brasileiro se inspira em tais princípios e a partir deles fundamenta suas normas.
Feita essa breve introdução, e tendo conhecido um pouco sobre moeda e economia monetária e agora, as razões pelas quais se faz importante um estudo do sistema financeiro, passemos às suas funções e a sua organização no Brasil.

12.3 - Funções e Organização do Sistema Financeiro Nacional

A primeira e mais importante função básica do sistema financeiro é a *intermediação financeira*. Em linhas gerais, ela consiste na transferência de fundos das unidades econômicas deficitárias para as unidades econômicas superavitárias. Os agentes econômicos trabalham e recebem renda, salários, enfim, receitas. Efetuam despesas para a sua sobrevivência. Se, após tais necessidades terem sido satisfeitas, ainda restarem recursos, podemos denominar os agentes como superavitários; se não lhes restarem recursos, são deficitários.

Como exemplo, podemos verificar os hábitos de consumo das famílias brasileiras, em média, no ano de 2003. Segundo o IBGE apenas 7%, em média, do total das rendas familiares é destinado a algum tipo de investimento, seja ele financeiro, seja ele para a aquisição de um carro novo ou mesmo para reforma da casa.



Fonte: VALOR .

Pode-se supor, portanto, que muitos necessitarão de recursos no fim do mês (agentes deficitários), enquanto outros o terão em sobra (agentes superavitários). Muitos também querem satisfazer a sua necessidade de consumo imediatamente, situação que nos conduz a um segundo conceito importante, que é o de crédito. Ele ocorre quando "*alguém transfere ou promete transferir coisas, presta ou promete prestar serviços, mediante estipulação de contra-prestação futura. Assim, o crédito se exprime em moeda, mas não desempenha função de reserva de valor*".[6] O crédito é um conceito central ao sistema financeiro, já que é com base nesse instituto que os agentes deficitários poderão ver satisfeitas as suas necessidades, com base, justamente, nos recursos dos agentes superavitários.

A partir desse conceito de crédito, surge uma importante distinção entre mercado financeiro e mercado de capitais. Ela diz respeito ao relacionamento entre credor e devedor, vale dizer se a intermediação entre eles é direta ou indireta. Diz-se que, no mercado financeiro, uma entidade financeira (banco, instituição financeira etc.) se coloca entre o detentor do crédito e aquele que necessita dos recursos. No mercado da intermediação financeira, portanto, o relacionamento entre o credor superavitário e o devedor deficitário é indireto. Porém, quando esse relacionamento se dá de forma direta, i.e, os consumidores de crédito defrontando-se com os ofertantes de recursos sem a presença de intermediários, os agentes encontram-se sob a égide do

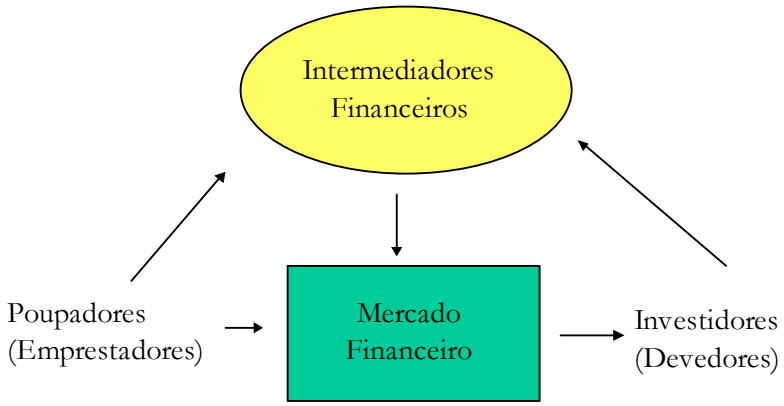
6 Geraldo de Camargo VIDIGAL. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1977

mercado de capitais. Agentes econômicos superavitários vêem transferidas suas poupanças para os agentes deficitários, em operações que envolvem ordens de transferência, títulos ou valores mobiliários.[7]

[7] Para uma abordagem geral sobre a disciplina dos títulos de crédito e valores mobiliários, ver, fundamentalmente Klaus W. CANARIS e Alfred HUECK, *Derecho de los Títulos-Valor*. Buenos Aires: Ariel.1988; Waldírio BULGARELLI, *Títulos de Crédito*. 17ª edição. São Paulo: Atlas. 2001. pp.11 e ss.

O quadro abaixo ilustra bem a função da intermediação financeira.

Função Indireta = *Intermediação Financeira*



Função Direta =*Mercado de Capitais*

Uma segunda função da intermediação financeira, igualmente importante, além daquela concernente à transferência de recursos de agentes superavitários para deficitários diz respeito à *transmutação de recursos*.

Transmutar é transformar, é mudar de forma. Essa função não é tão óbvia à primeira vista, mas é uma das mais importantes funções do sistema financeiro, em especial na gestão de risco. A questão seria saber como o sistema financeiro pode fazer isso.

Suponha uma senhora de 75 anos, viúva e aposentada. E suponha que neste mesmo momento ela resolva vender um imóvel que seu finado marido a deixou em herança. No momento em que ela vende esse imóvel à vista (que é um ativo real), ela o transforma em liquidez (ou seja, em moeda). Suponha, no mesmo instante, um jovem casal que pretenda se casar e queira adquirir um apartamento próprio, mas dispõe só de 10% do valor total do bem. Nesses dois exemplos, temos uma situação

real, de um agente superavitária e outro deficitário, mas que não se conhecem. O jovem casal pretende obter recursos para financiar o restante dos 90% do saldo de seu apartamento, no prazo mais longo possível – digamos 10 anos –, enquanto a viúva quer os seus recursos líquidos a cada dia. Aí entra o sistema financeiro, a transformar o ativo líquido da viúva numa dívida de longo prazo que será assumida pelo jovem casal. Não só transforma o depósito à vista (ou à prazo, se for o caso) num empréstimo de crédito habitacional, como muda taxas de juros, condições de risco, prazos etc. A esta função, sofisticada e complexa, que envolve arte e técnica, denominamos "transmutação de recursos". Os financistas, com freqüência, referem-se a ela como um "descasamento"de taxas, prazos, quando inexiste coincidência entre tais fatores.

Uma terceira e última função do sistema financeiro é a servir de palco de *compensação entre agentes*. Essa função, igualmente importante, mesmo que mais simples, refere-se a procedimentos de transferência de fundos, e liquidação de obrigações e pagamentos em qualquer de suas formas. Suponha um posto de gasolina que receba dezenas de cheques dos mais diversos bancos. Cheques são títulos de crédito que representam um direito contra o titular de uma conta corrente bancária, o correntista. No momento em que o dono do posto deposita tais cheques, estes passam pela **COMPE – Compensação de Cheques e Outros Papéis**, na qual também são compensados outros documentos de crédito (DOCs, boletos de cobrança). Como participantes da COMPE, destacam-se os bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e as caixas econômicas.

A compensação nada mais é do que uma relação de cadeia de responsabilidades para a liquidação de créditos e débitos recíprocos seguidos da respectiva conversão em ativos e recursos financeiros entre as contrapartes, obedecidos valores e saldos de cada um dos participantes. Graças a tal função, o sistema financeiro pode ser simplificado e com custos mais reduzidos.

O que é o Sistema Brasileiro de Pagamentos ?

O Sistema de Pagamentos Brasileiro consiste num conjunto de procedimentos, regras, instrumentos e sistemas operacionais integrados, empregados para transferir fundos de um determinado pagador para outro determinado recebedor. Com isso, encerra uma obrigação de pagamento, interligando o setor real da economia, as instituições financeiras e o Banco Central.

A reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro buscou dirimir o risco sistêmico, por meio da implantação de melhores práticas de pagamento e do *netting* multilateral, transferindo-o da alçada do Banco Central para as câmaras garantidoras de pagamento e liquidação. No sistema anterior, a liquidação das operações com ativos e de pagamentos ocorria uma vez ao dia, pelo valor líquido dos recursos envolvidos, na conta "Reservas bancárias", mantida pelas instituições detentoras de depósitos à vistas, no Banco Central. Daí a necessidade dessa instituição honrar eventuais déficits, a fim de evitar a ocorrência do risco sistêmico -, que implicaria efeitos negativos em todo o sistema.

Dentre as mudanças do Sistema de Pagamentos Brasileiro, algumas importantes podem ser mencionadas:

a) A liquidação das operações uma a uma e em tempo real pelo sistema de Liquidação pelo valor Bruto em Tempo Real (LBTR);
b) A reestruturação do Sistema Especial de Liquidação e Custódia ("SELIC") e do Sistema de Transferência de Reservas ("STR");
c) A constituição da Câmara Interbancária de Pagamentos ("CIB") e modificações no Serviço de Compensação de Cheques e Outros papéis ("COMPE"); e,
d) A adaptação ou criação de sistemas de compensação ou liquidação ("*clearings*") capazes de, através da constituição de garantias, assegurar que eventuais riscos não ocasionem o risco sistêmico. As "*clearings*" serão responsáveis pela liquidação e deverão assegurar princípios de controle e gestão de riscos, pois lhe será imputado qualquer prejuízo decorrente de inadimplência.

(Fonte: *Relatório Econômico – Sistema de Pagamentos Brasileiro*, Associação Nacional das Instituições de Mercado Aberto, Rio de Janeiro, 2002, pág. 2)

Integrantes do Sistema Brasileiro de Pagamentos:

STR – Sistema de Transferência de Reservas;
CIP – Câmara Interbancária de Pagamentos;
Compe – Compensação de Cheques e Outros papéis;
SELIC – Sistema Especial de Liquidação e Custódia;
CETIP – Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos;
CENTRAL – Central *Clearing* de Compensação e de Liquidação;
CBLC – Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia;
Câmara de Derivativos BM&F;
Câmara de Câmbio BM&F.

Existem diversas modalidades de risco envolvendo as operações no Sistema Financeiro. O mais importante deles é o que se conhece como risco financeiro. No caso do Sistema de Pagamentos Brasileiros, duas são as hipóteses que podem se apresentar como risco financeiro (risco de crédito e risco de liquidez), e que estão presentes em quaisquer sistemas de pagamento que se pretendem afastar com a implantação do novo SPB:

1) a defasagem temporais entre o momento do vencimento da operação contratada e o de sua efetiva liquidação física ou escritural.
2) a defasagem temporais entre o momento do pagamento à contraparte e o da efetiva entrega da contraprestação do pagamento

O quadro abaixo mostra os principais riscos em sistema de pagamentos:

Principais Riscos Em Sistemas de Pagamentos	
Tipo	**Definição**
Operacional	Risco de perdas resultantes de falha ou inadequação em processos, pessoas ou sistemas internos ou de eventos externos.

Legal	Risco de perda decorrente de uma base legal (leis ou regulamentação) mal fundamentada, isto é, condizente com o funcionamento dos sistemas de liquidação de títulos, principalmente no que se refere a contratos, direitos e outras garantias.
Financeiro	Risco de Crédito: risco de que uma contraparte não liquide uma obrigação pelo seu valor total, seja no vencimento, seja a qualquer tempo posterior. Inclui tanto o risco de perda de receitas não realizadas de contratos não liquidados com o participante inadimplente (risco do custo de reposição), quanto o risco de perda de títulos entregues ou de pagamentos efetuados à contraparte inadimplente antes da constatação da inadimplência (risco de principal)
	Risco Liquidez: risco de que uma contraparte não liquide uma obrigação pelo seu valor total no vencimento, mas em alguma data futura não determinada.

Fonte: ANDIMA

Para tanto foram criadas certas regras que estão sumarizadas no quadro abaixo:

Regras Aplicáveis às Situações de Insolvência	
Regra	**Descrição**
Defaulters Pay ("Inadimplência")	O próprio participante em *default* faz frente à cobertura do débito.
Survivors Pay ("Sobreviventes")	Demais participantes do sistema são chamados a cobrir posições em *default* de um determinado participante.
Third Parties Pay ("Terceiros")	Incorpora um terceiro agente como provedor de liquidez em última instância.

Fonte: ANDIMA

O novo Sistema de Pagamentos Brasileiro foi instituído com vistas a liquidar a posição financeira dos bancos, levando em consideração, primordialmente, o fato de a autoridade monetária, Banco Central, não poder assumir nenhum tipo de risco na hipótese do inadimplemento daqueles que titulam as contas das reservas bancárias. Isso ocorria em face da possibilidade de redução da defasagem entre a contratação de operações e sua respectiva liquidação financeira, como mencionado anteriormente. Pela lógica do novo sistema, a validação somente ocorre após a verificação do saldo disponível na conta da instituição que comanda a ordem do

respectivo débito, daí a respectiva redução do risco sistêmico explorado anteriormente. Os modelos de liquidação com títulos podem ser basicamente classificados de acordo com as modalidades da operação:

Modelos de Sistemas de Liquidação com Títulos	
Modelo	**Descrição**
Gross, Gross	Títulos e Pagamentos considerados operação a operação.
Gross, Net	Títulos "transferidos" a cada operação com a liquidação financeira efetuada de forma líquida.
Net, Net	Títulos e Pagamentos realizados de forma líquida.

Fonte: ANDIMA

O quadro abaixo apresenta uma breve descrição das diretrizes do projeto do Novo Sistema Brasileiro de Pagamentos:

Diretrizes do Projeto de Reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro	
Diretriz	**Descrição**
Definição do papel do Banco Central	- Regulamentação e monitoramento do sistema de pagamentos, segundo sua esfera de competência, além da prestação de serviços.
Redução do risco de crédito do Banco Central	- Monitoramento em tempo real da conta Reservas Bancárias de cada instituição e estabelecimento de horários, não coincidentes, para o lançamento dos resultados financeiros oriundos das diferentes câmaras; - Estabelecimento de contratos entre o BC e os titulares de Reservas Bancárias e entre o BC e os titulares de Reservas Bancárias e entre o BC e as câmaras, fixando os deveres e responsabilidades das partes, inclusive procedimentos em caso de inadimplência.
Irrevocabilidade e incondicionalidade dos pagamentos	- Em sistemas de transferência de grandes valores, as ordens, após efetivadas, deverão ser irrevogáveis e incondicionais. Entende-se por efetivação da ordem o registro do lançamento na conta Reservas Bancárias, no caso de sistema operado pelo BC ou, no caso de sistema operado por câmara privada, a confirmação, pela câmara, de que a transferência foi realizada.
Riscos dos sistemas plenamente conhecidos pelos participantes	- Os regulamentos das câmaras devem ser explícitos quanto às responsabilidades do participante, da própria câmara e do BC e, ainda, quanto aos procedimentos aplicáveis no caso de inadimplemento de qualquer participante, inclusive no que se refere aos mecanismos de repartição de perdas.

Redução da defasagem entre contratação e liquidação das operações	- Introdução de sistema para transferência de grandes valores, operando em tempo real e com liquidação bruta no Banco Central (STR), e estímulo às iniciativas voltadas para redução do prazo de liquidação nas câmaras de ativos.
Criação/adaptação de câmaras com mecanismos para redução de risco e contingência adequada	- Os mecanismos para redução de risco incluem a sistemática de entrega contra pagamento; o estabelecimento de limites bilaterais pelos participantes e multilaterais pela câmara, monitorados em tempo real; garantias aportadas pelos participantes às câmaras; regras de repartição de perdas; e condições para a execução de garantias.
Adequação da Base Legal	- Reconhecimento de créditos decorrentes de compensação multilateral e execução "segura" das garantias aportadas às câmaras, entre outras disposições.

Fonte: ANDIMA

O sistema financeiro se compõe da seguinte maneira e com as seguintes instituições:

Órgãos de Regulação e Fiscalização			
C M N **Conselho Monetário Nacional**	**Banco Central do Brasil** **Comissão de Valores Mobiliários** **Superintendência de Seguros Privados** **Secretaria de Previdência**	**Instituições Financeiras Captadoras de Depósitos à Vista**	Bancos Múltiplos com Carteira Comercial
			Bancos Comerciais
			Caixas Econômicas
			Cooperativas de Crédito
		Demais Instituições Financeiras	Bancos Múltiplos sem Carteira Comercial
			Bancos de Investimento
			Bancos de Desenvolvimento
			Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento
			Sociedades de Crédito Imobiliário
			Companhias Hipotecárias
			Associações de Poupança e Empréstimo
			Agências de Fomento
			Sociedades de Crédito ao Microempreendedor
		Outros intermediários ou Auxiliares Financeiros	Bolsas de Mercadorias e de Futuros
			Bolsas de Valores
			Sociedades Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários
			Sociedades Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários
			Sociedades de Arrendamento Mercantil
			Sociedades Corretoras de Câmbio

	Complementar			Representações de Instituições Financeiras Estrangeiras
				Agentes Autônomos de Investimento

12.4 - Justificativas para regular os mercados financeiros

Podemos afirmar que a regulação é, antes de mais nada, uma maneira de tentar melhorar os resultados do mercado, partindo-se dopressuposto de que ele não é perfeito. Isso acontece como bem explicado pela literatura econômica, em razão das *falhas do mercado*. Parece óbvia a justificativa: se este fosse perfeito, não haveria nenhuma outra razão para nele interferir.

A regulação, por definição, é uma modalidade de intervenção estatal. Embora existam diferentes justificativas para a intervenção do Estado, de modo amplo, e sob as mais diversas terminologias (intervenção por indução, por participação ou por direção)[8] para os efeitos das justificativas aqui apresentadas, a regulação existe como "segunda opção": ela existe para sanar as falhas do mercado. Como conseqüência, pode-se afirmar que o *impulso racional e proclamado* da regulação deve ter bases voltadas para o objetivo de maximizar a eficiência econômica ou defender o interesse público quando o mercado não funcionar a contento.

O Estado pode regular os agentes econômicos por uma série de motivos – desde os mais evidentes – como por exemplo, porque sofre influências dos grupos de pressão para defesa de qualquer interesse específico da indústria regulada – ou porque tem objetivos políticos por si mesmo (quando os governantes visam legitimar-se no poder ou buscando a reeleição) ou ainda, o Estado pode regular pela simples razão de acreditar que fazendo assim, estará a defender os consumidores e combater os

[8] A divisão em intervenção por indução, direção e participação é apresentada por Eros Roberto GRAU. *Ordem Econômica na Constituição de 1998*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001. pág. 168

monopólios. Enfim, poderíamos elencar muitas outras justificativas, porém a análise de todos esses critérios será sempre uma tarefa difícil e sinuosa.

Esse princípio, em tese, pode ser aplicado ao mercado financeiro, no qual o bem jurídico a ser protegido, em última instância, é a confiança do público poupador nas instituições; a fidúcia dos agentes econômicos na sua moeda e a certeza jurídica na execução de títulos de crédito, na eventualidade de inadimplência, são fatores que a ele se agregam. Ainda que não exista, também, um mercado para *confiança* ou *certeza jurídica,* é claro que estes são bens difusos que devem ser protegidos pelas instituições do mercado financeiro.

O QUE SÃO E COMO SE CLASSIFICAM AS FALHAS DE MERCADO ?

As falhas de mercado são freqüentemente definidas como sendo imperfeições ou inoperabilidades que ocorrem na economia por determinados fatores, especialmente quando certos pressupostos básicos de eficiência de mercado (e.g. concorrência, livre mercado) não funcionam corretamente. Fábio NUSDEO aborda o tratamento das falhas de mercado em cinco categorias gerais:

(a) Falhas de mercado em razão da baixa mobilidade de fatores de produção, por exemplo, mão-de-obra.
(b) Falhas de mercado em razão da dificuldade de acesso às informações relevantes.
(c) Falhas de mercado em razão da concentração econômica (por exemplo, as seguintes deficiências podem ocorrer no mercado: monopólios e monopólios naturais; oligopólios, abuso de poder econômico, condutas anticoncorrenciais).
(d) Falhas de mercado em razão das externalidades (quando um agente econômico que não é responsável pela ação, mas mesmo assim incide no seu custo, por exemplo, um não-fumante que é obrigado a respirar a fumaça de um tabagista na mesma sala)

(e) Falhas de mercado em razão da existência de bens coletivos (como naquelas situações em que não se pode precisar quem é o proprietário de determinado bem). [9]

A justificativa para regular o mercado financeiro é dual: por um lado, buscar a eficiência, a eqüidade do sistema; por outro lado, evitar crises, ou seja, atingir certo equilíbrio. Para tanto, são estabelecidas *normas indicativas*, baseadas em três objetivos de política legislativa: estabilidade, eficiência e eqüidade. Assim, todo o sistema financeiro é afetado de forma igual por estes três objetivos. Eles apresentam incompatibilidades intrínsecas entre si, como por exemplo, a tentativa de aumentar a eficiência do sistema, por meio de redução de controles (e, portanto, menores custos), poderia acabar gerando maior instabilidade. Daí a dificuldade em acertar no grau e na forma da regulação.

Se é evidente que o propósito do Estado para o Sistema Financeiro não pode ser dividido em categorias estanques distintas, também parece claro que a regulação não pode ser vislumbrada como processo isolado. Não pode haver uma regulação com um único objetivo exclusivo (por exemplo, edição de regulamentos pelo Conselho Monetário Nacional com o propósito de„unicamente, conferir estabilidade dos bancos), sem afetar em algum grau um outro objetivo (por hipótese, a sua eficiência).

A noção da regulação bancária está centrada, principalmente, na tarefa de evitar crises sistêmicas – ou quebra generalizada de bancos, por um lado, e na garantia de funcionamento normal e eficiente dos bancos, por outro. No entanto, é equivocado afirmar que a regulação bancária visa impedir a quebra dos mesmos. Isso seria o mesmo que afirmar que bancos estão proibidos de quebrar, o que, ao menos no

[9] Fabio NUSDEO. *Curso de economia: introdução ao direito econômico.* 3.ed., São Paulo: Ed. RT, 2001. pág. 138

sistema capitalista, revela-se um completo absurdo. Seria mais adequado afirmar que a regulação bancária tem como objetivo a redução da possibilidade de quebra, buscando mecanismos que que assegurem que o sistema financeiro opere com eficiência.

Nesse setor, como visto, a responsabilidade do Estado, do ponto de vista regulatório, origina-se pelo fato de que instituições financeiras (principalmente os bancos) são especiais. São especiais por diversas razões, mas principalmente por uma, que é o a relação com o destinatário da regulação: o consumidor do serviços bancários, e por conseqüência, a sociedade como um todo.

Para a sociedade, do ponto de vista macroeconômico, em resumo, bancos são especiais primeiro, porque há grande relevância dos bancos no sistema de crédito e como participante ativo nos meios de pagamento. Depois, porque os perigos de uma insolvência bancária podem se transformar na origem de uma crise sistêmica e, assim, alastrar-se pela economia. Bancos são especiais, também, em função da a natureza incompleta dos contratos bancários, pelo fato de que bancos oferecem contratos líquidos e certos de depósito, por um lado e emprestam de modo incerto. Finalmente, bancos são especiais pelo efeito do *"moral hazard"* e pela natureza adversa da liquidação de ativos na hipótese de quebra.

O negócio bancário privado também revete-se de características muito específicas para a concessão de crédito: a habilidade de pagamento do futuro mutuário, seu caráter e histórico de crédito, e, finalmente, as condições de garantias subjacentes ao negócio. Por outro lado, a correta concessão de crédito implica boa prática bancária (baixo volume absoluto de crédito por cliente ou baixa concentração em determinados clientes ou setores da economia), além de cautelosa expansão para outras atividades não-financeiras e o rigoroso controle entre o perfil e descasamento entre ativos e passivos da instituição.

Todas essas características fazem com que a regulação bancária mereça uma atenção especial, em nome do interesse público, reforçadas, ainda, por alguns argumentos específicos. O primeiro deles diz respeito à "democratização" do crédito, ou seja, o acesso de todos potenciais habilitados ao crédito. Somente a regulação, em nome do interesse maior, pode permitir o acesso ao crédito de alguma forma direcionado, seja por subsídio, seja por critérios de exigibilidade bancária determinados pelo Banco Central. Aqui, pode ser citado o caso clássico exemplo da *US Community Reinvestment Act* (1977), texto normativo que estabelece a regra diretiva que obriga todos bancos comerciais americanos a atender à demanda de financiamento habitacional, especialmente em regiões ocupadas pela população mais carente. O argumento lógico, utilizado para tal imposição, é que, sem novos incentivos à construção, aquela área urbana se degradará.[10]

A regulação bancária também pode criar linhas específicas para setores específicos da economia que não seriam de outra forma atendidos. Por exemplo, pequenos negócios merecem algum tipo de apoio e direção, já que a concessão de crédito para as atividades a eles relacionadas pode não ser, tradicionalmente, um atrativo aos bancos comerciais.

Se considerado individualmente, há também algumas considerações relevantes sobre o consumidor de produtos bancários. Não somente pelos aspectos já citados – e para muitos consumidores a sua instituição financeira representa a única fonte de crédito -, mas porque, em geral, a relação bancária é uma relação fundada em obrigações contratuais de longo prazo e revestidas de confiança mútua. A relação banco-cliente é única e especial. O contrato bancário está em ambos os lados de qualquer balanço financeiro: é ativo, quando o banco empresta aqueles recursos, mas também é passivo, quando o banco deve a outros clientes. Essa relação passa despercebida pelo consumidor, assim como a a situação futura de uma dada instituição. No momento em que o depósito é realizado, o banco pode estar sólido,

[10] Rosa Maria LASTRA. *Banco Central e Regulamentação Bancária*. Trad. Dan M. Kraft, Del Rey, 2000. pág. 67

mas no momento do saque, aquela solidez inicial pode ter desaparecido por completo. Por fim, uma crise financeira pode se difundir com imensas repercussões e afetar toda a economia.

Em síntese, em função da especialidade dos bancos, poder-se-ia dizer que são três as razões – ou justificativas -- pelas quais o Estado regula o setor financeiro[11], como aqui descritas:

a) do ponto de vista do consumidor (e cidadão), trata-se de protêge-lo do risco desmedido.
b) do ponto de vista sistêmico, pretende-se garantir a eficiência, por meio da redução dos custos de informação, especialmente ao incrementar a transparência nas informações bancárias; e

c) do ponto de vista concorrencial, garantir que não haverá competição predatória ou monopolística, e que, na atividade bancária, serão os agentes tratados de forma igual.

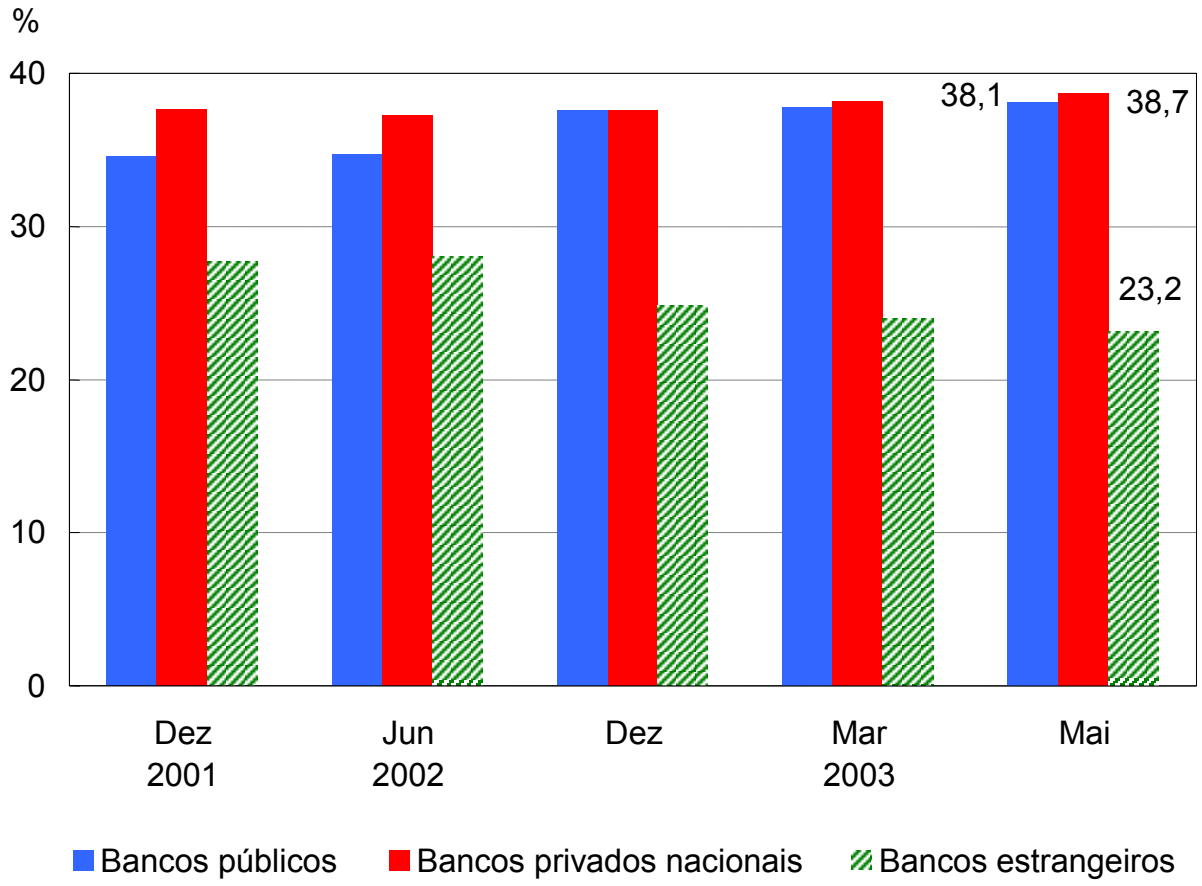
No próximo item serão descritas algumas instituições do Sistema Financeiro no Brasil e dados técnicos a ele concernentes. Importante é verificar que o conhecimento das instituições do Sistema Financeiro permite uma maior habilidade para

[11] Jairo SADDI. *Crise e Regulação bancária.* São Paulo : Textonovo, 2001. pág. 43

12.5 - Alguns números: uma descrição do setor financeiro no Brasil (profundidade, crescimento, estabilidade, riscos, concorrência, oferta de crédito, etc.

Bancos por controle acionário: % de participação

O que se vê no gráfico abaixo é que a participação entre bancos públicos, privados nacionais e estrangeiros tem variado pouco nos últimos anos.



Esta mesma participação, aberta por um período maior de tempo, indica que após o Plano Real a variação foi maior. Enquanto a participação dos bancos privados nacionais variou pouco, a participação dos estrangeiros mais do que dobrou graças às privatizações.

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	
						Jun	Dez
Bancos com Controle Estrangeiro	12,82	18,38	23,19	27,41	29,86	30,04	27,38
Bancos Privados Nacionais	36,76	35,29	33,11	35,23	37,21	35,88	36,93
Bancos Públicos (+ Caixa Estadual)	19,06	11,37	10,23	5,62	4,30	5,77	5,87
Caixa Econômica Federal	16,57	17,02	17,06	15,35	10,97	11,37	11,66
Banco do Brasil	14,42	17,44	15,75	15,63	16,76	15,94	17,12
Cooperativas de Crédito	0,37	0,50	0,66	0,76	0,90	1,00	1,04
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: Bacen

Numero de instituições no Sistema Financeiro (bancos, corretoras, etc) desde 1985

A quantidade de instituições em funcionamento

TIPO	dez-93	dez-94	Dez-95	dez-96	dez-97	dez-98	dez-99	dez-00	Dez-01	dez-02
Bancos Múltiplos	206	210	205	191	179	173	168	163	153	143
Bancos Comerciais	35	34	35	38	36	28	25	28	28	23
Bancos de Desenvolvi.	7	6	6	6	6	6	5	5	4	4
Bancos de Investimento	17	17	17	23	22	22	21	19	20	23
Caixa Econômica	2	2	2	2	2	2	1	1	1	1
Arrendam. Mercantil	67	72	78	74	78	80	79	77	71	65
Financeiras	41	41	42	47	48	42	41	42	39	46

Poupança e Empréstimo	27	27	23	22	22	21	19	18	18	18
Habitacionai	-	-	-	3	3	4	6	7	7	6
Corretoras	285	240	227	219	200	192	192	186	177	160
Câmbio	-	40	44	36	37	36	38	39	41	42
Distribuidora	378	367	323	281	235	207	186	173	156	149
Fomento	-	-	-	-	-	-	5	8	9	9
Total	**1065**	**1056**	**1002**	**942**	**868**	**813**	**786**	**766**	**724**	**689**

Fonte: Bacen

O mesmo número de outros canais de distribuição de produtos e serviços financeiros como cooperativas de crédito ou microcrédito também indicam aumento. Finalmente, instituições em regime especial são aquelas submetidas a processo de liquidação ou intervenção extrajudicial, por problemas de liquidez ou insolvência.

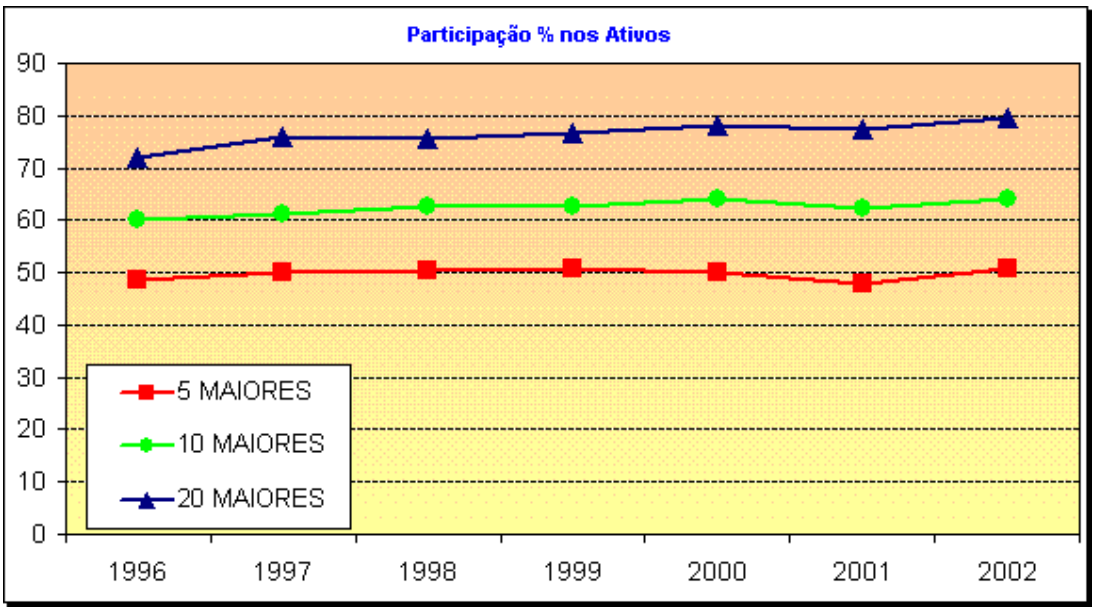
Cooperativas	877	946	980	956	1015	1088	1183	1235	1333	1374
Microcrédito	-	-	-	-	-	-	3	6	14	26
Consórcios	485	490	462	446	433	422	406	404	397	375
Regime Especial	82	87	98	82	89	89	97	84	97	109

Fonte: Bacen

Concentração: Quanto representam os principais 10 clientes desde 1985

Sobre concentração bancária, é importante notar a relativa concentração do sistema financeiro nos dez maiores bancos nacionais (entre privados, públicos e estrangeiro). O quadro abaixo indica a participação percentual dos cinco, dez, e vinte maiores bancos no Sistema Financeiro Nacional.

	1996	**1997**	**1998**	**1999**	**2000**	**2001**	**2002**
5 MAIORES	48,70	50,18	50,53	50,67	50,20	47,94	50,69
10 MAIORES	60,10	61,27	62,68	62,70	64,10	62,38	64,14
20 MAIORES	72,03	75,88	75,44	76,51	78,23	77,32	79,73



Os quadros abaixos mostram a distribuição do número de instituições do segmento bancário e depois, por ativos:

Por número de instituições:

PORTE	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Grandes	28	24	25	23	21	17	16
Médios	62	63	55	55	56	54	47
Pequenos	141	130	123	116	115	111	104
Total	231	217	203	194	192	182	167

Por ativos:

PORTE	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Grandes	78,25	79,09	79,70	79,20	79,15	73,99	74,82
Médios	18,12	18,09	16,91	17,36	17,40	21,83	20,97
Pequenos	3,63	2,82	3,39	3,44	3,45	4,18	4,21
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: Banco Central do Brasil

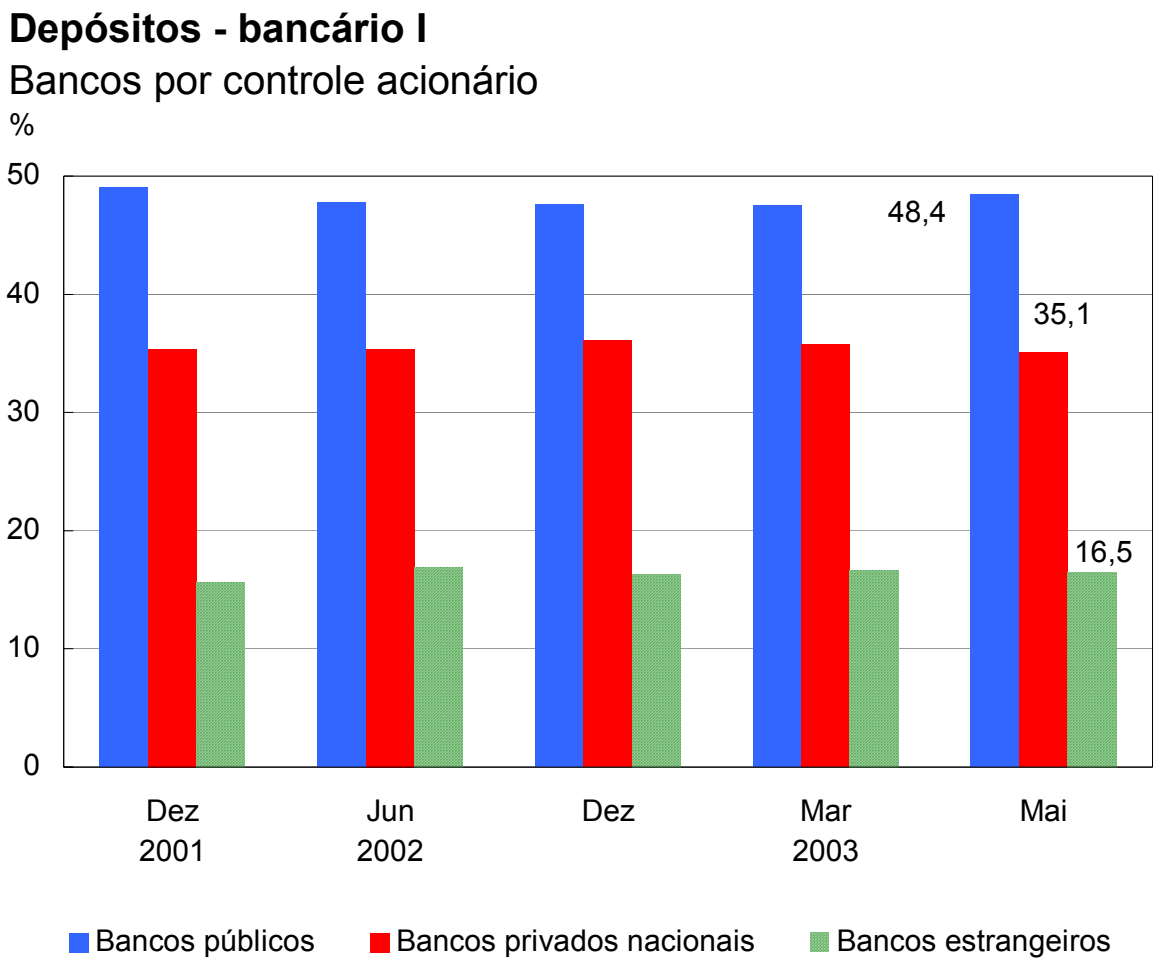
Participação como % do PIB do Sistema Financeiro desde 1990

Ano	Part. no PIB (em %)
1990	17,28
1991	13,94
1992	25,49
1993	32,76
1994	15,9
1995	8,02
1996	6,91
1997	6,45
1998	6,54
1999	6,27
2000	5,44
2001	6,59
2002	7,69
2003	7,3

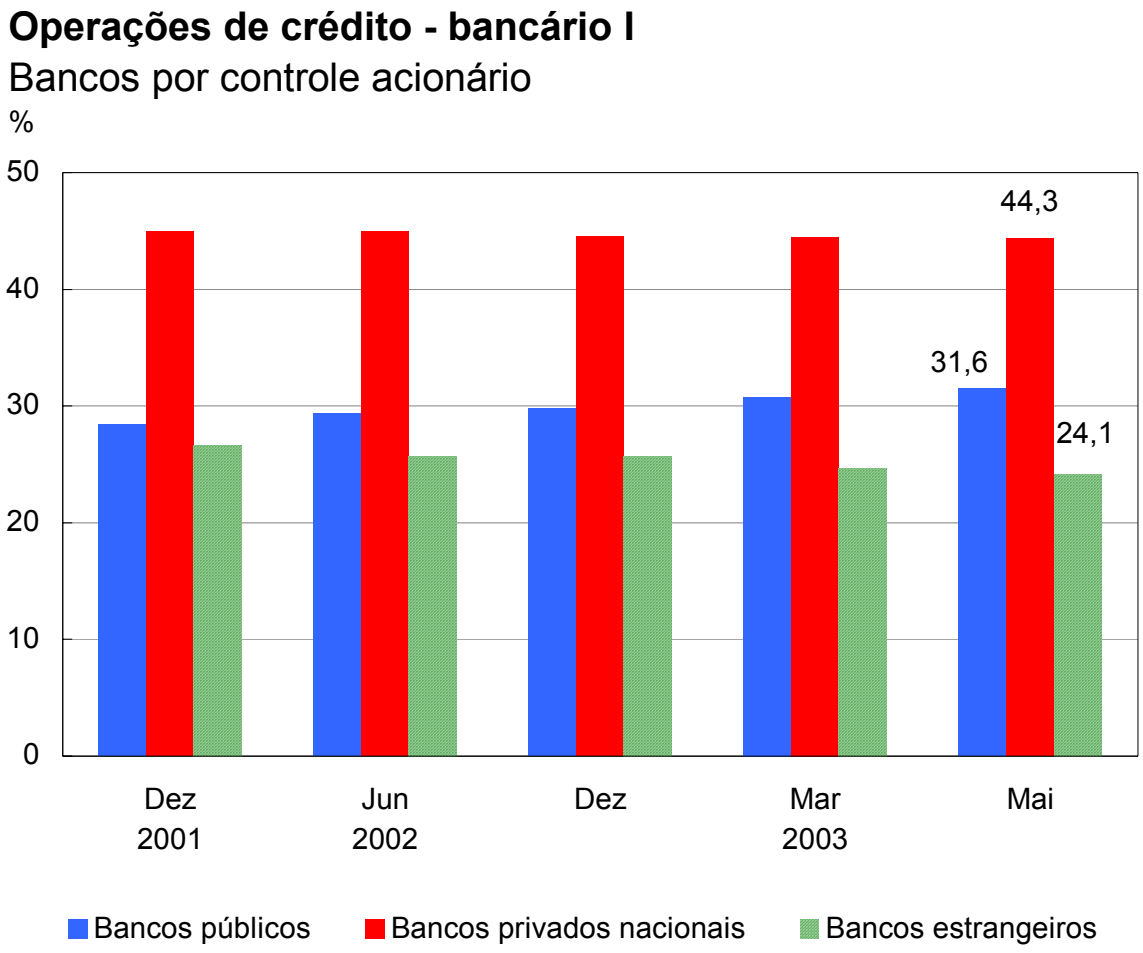
Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Contas Nacionais

Os quadros adiante mostram os depósitos bancários e operações de crédito por controle acionário, indicando que apesar dos bancos públicos representarem 38% do sistema financeiro, detém 48% dos depósitos (mas realizam apenas 36% das operações de crédito) e os estrangeiros, 23% do sistema, com 16% dos depósitos e 24% do crédito). O quadro seguinte, indica o índice de imobilização (porcentagem de imóveis e outros ativos fixos sobre o patrimônio líquido) e mostra claramente a queda; o último quadro mostra os custos operacionais dos bancos vis-a-vis a taxa de crescimento dos depósitos. Finalmente o último quadro indica a rentabilidade do setor.

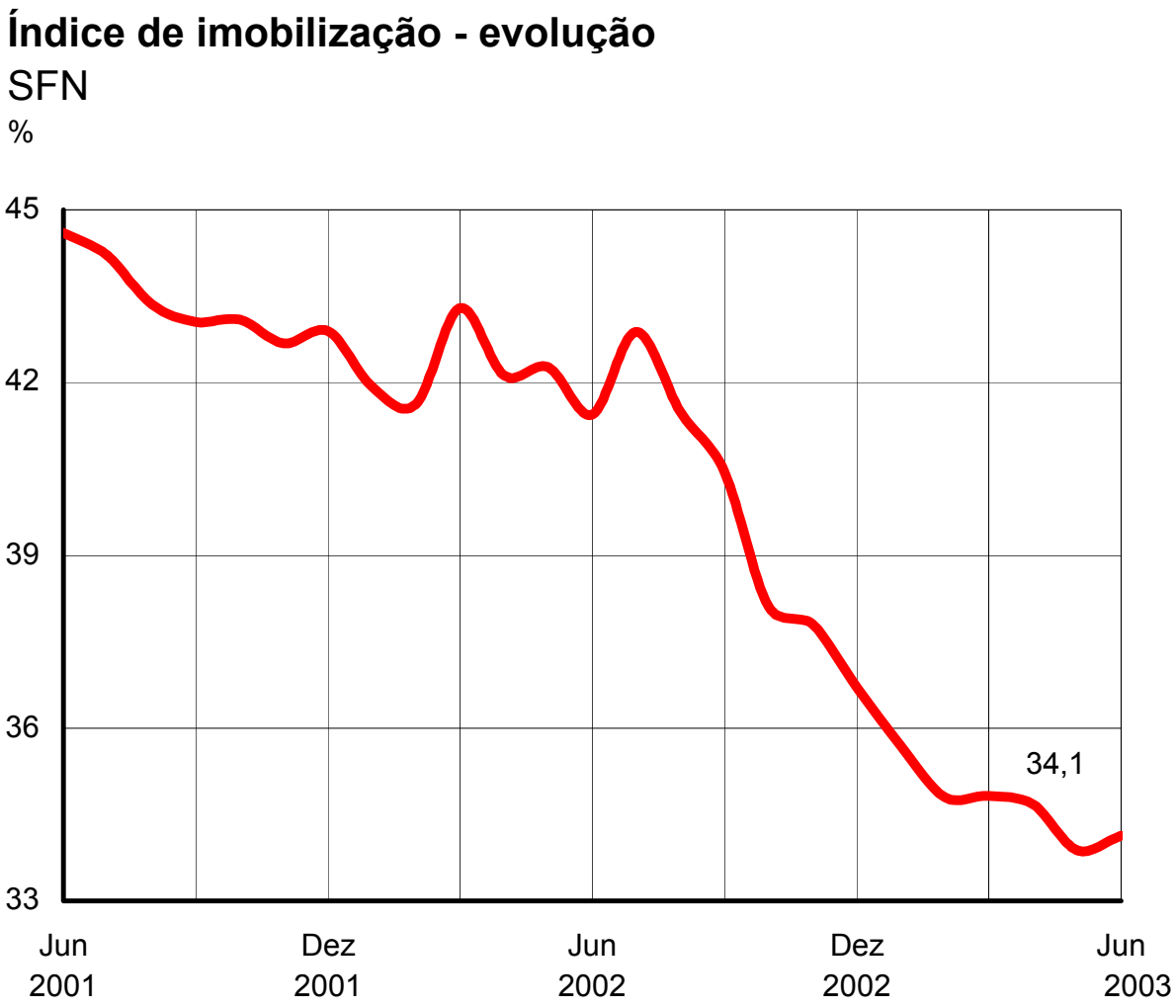
Depósitos dos bancos estrangeiros como % dos depósitos dos bancos brasileiros



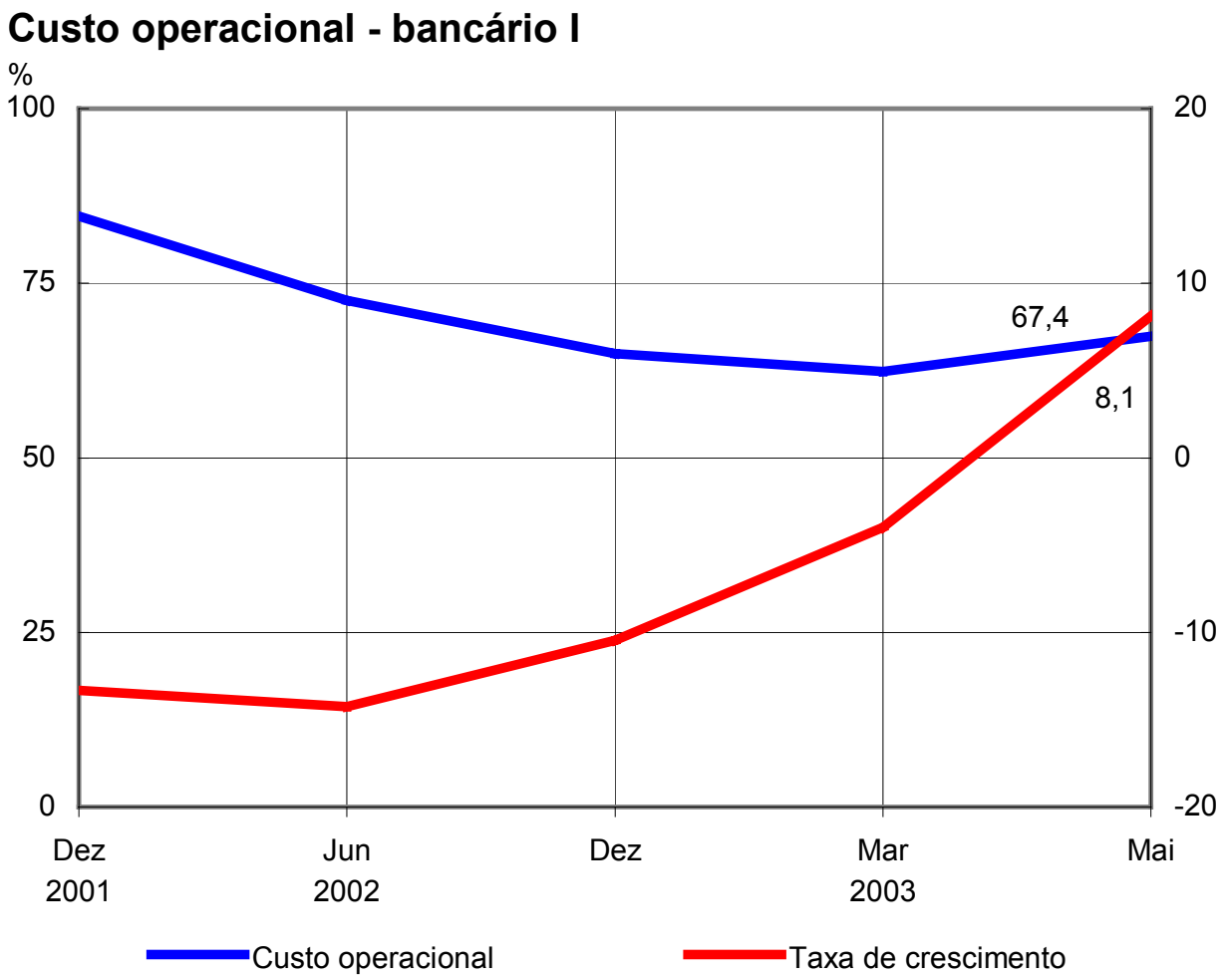
Operações de crédito dos bancos estrangeiros como % das operações de crédito dos bancos brasileiros



Imobilização dos bancos brasileiros



Custo operacional dos bancos: evolução nos últimos 10 anos



Rentabilidade bancária

	2000		2001	
	Lucro	Patrim. Líquido	Lucro	Patrim. Líquido
Sistema Bancário Total	R$3.313 mi	R$83.289 mi	R$7.760 mi	R$97.67 mi
15 Maiores Bancos Privados	R$2.400 mi	R$43.040	R$5.481	R$50.305 mi

Fonte: Banco Central

12.6 - Direito e instituições dos mercados financeiros: juros e a oferta de crédito

Nos itens anteriores descrevemos algumas bases bases conceituais sobre o sistema financeiro, e que agora podem ser retomados no estudo da função econômica maior desempenhada pelas instituições dos mercados financeiros. Essa função, em grande parte, desempenhada pelos bancos é o o crédito.

O crédito é fundamental em qualquer economia moderna. Se pudéssemos resumir em poucas palavras o que ele representa, seria possível afirmar que ele é o resultado da poupança feita por alguns, que a transferem a outros, permitindo que estes possam adquirir poder de compra atual e satisfazer suas necessidades de consumo. No entanto, são necessidades de consumo presentes que incorporam ao universo das trocas de mercadorias e serviços. Estes, por outro lado, só viriam a ser produzidos no futuro. Na definição lapidar de Carvalho de Mendonça, crédito é *"aquilo mediante o qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura."*[12].

O mercado financeiro brasileiro é formado, fundamentalmente, pelos bancos. Sobre estes, a definição da lei brasileira é cercada de dificuldades, já que, a rigor, qualquer um – mesmo não sendo banco – acaba podendo ser enquadrado no tipo legal de pessoa jurídica que atua na "coleta", "intermediação" e "aplicação" de recursos..[13] Melhor o definiu a lei francesa, de um modo mais abrangente, porém ao mesmo tempo, mais preciso: *"(...) os estabelecimentos de crédito são pessoas jurídicas que efetuam à título de profissão habitual as operações bancárias. Tais operações compreendem a recepção de*

[12] J. Carvalho de MENDONÇA. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, pág. 50.

[13] Artigo 17 da Lei 4.595/64: "Consideram-se instituições financeiras, para efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros"

fundos do público, as operações de crédito colocadas à disposição da clientela ou a gestão dos meios de pagamento."[14]

As atividades negociais bancárias podem ser divididas, como na concepção clássica de Giuseppe Ferri[15] em duas categorias:

1) **Exercício do crédito** (aquelas essenciais à função que é própria dos bancos, seja por meio da coleta dos capitais juntos aos poupadores (polo passivo), seja pela distribuição de capitais (polo ativo);
2) **Serviços bancários**, (aquelas que consistem na prestação de determinados serviços). Esta definição reduz a atividade dos banqueiros a duas grandes searas, as quais compreendem
    i. A sua vocação **principal**, que é justamente a de intermediar recursos dos agentes deficitários para os superavitários,
    ii. A sua vocação **secundária**, por prestar serviços, tais como a manutenção de contas-correntes, administração de recursos de terceiros, serviços de caixas eletrônicos (e no passado, serviços de cofres de aluguel, por exemplo).[16]

Ora, se crédito é a coleta para posterior distribuição de capitais, nessa operação incide um custo no tempo que se denomina "juros". Aqui seria necessário encontrar uma definição comum para o que seja juros. Pontes de Miranda lembra que a expressão vem de *jure* ablativo de *jus, juris*, o que significa "direitos".[17] Portanto, juros, são antes de mais nada, direitos – ou o que Keynes denominaria do "direito

[14] Lei 8446 de 24/0/84. No original: *"(...) les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des óperations de banque. Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de clientèle ou la gestion de moyens de paiement."* (Tradução do Autor).

[15] Guiseppe FERRI. *Manuale di diritto commerciale*. 2.ed. Torino: Unione Tipográfico Editrice-Torinense, 1971, pág. 680.

[16] Para uma abordagem geral sobre as atividades desenvolvidas pelos bancos, ver obras de Edward REED e Edward GILL. *Bancos Comerciais e Múltiplos*. São Paulo: Makron Books. 1995, pág. 6 e ss. e Sérgio Carlos COVELLO. *Contratos bancários.* 3ªed.rev. São Paulo: Leud, 1999.

[17] Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo XXIV. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984. pág. 15

do credor no tempo".[18] Ainda, Pontes de Miranda definia juros como aquilo que *"o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar"*. O autor realça que, tanto na primeira como na segunda espécie, o credor foi privado de um valor que deu ou de um valor que teria a receber e não recebeu.[19] A partir dessa formulação, dois elementos conceituais dos juros podem ser extraídos, quais sejam:

1) O valor da prestação, a ser realizada ou a quem se destina;

2) O tempo em que permanece a dívida, daí o cálculo percentual ou outro cálculo adequado sobre o valor da dívida, para certo trato de tempo.

De forma mais simples, os juros são devidos sobre coisas fungíveis (que se intercambiam entre si), embora, ordinariamente em dinheiro, e podem ser normalmente classificados em *remuneratórios* ou *moratórios*. Os primeiros são aqueles que resultam da manifestação bilateral ou unilateral da vontade, geralmente tendo por fonte o contrato, ou o acordo de vontades. Já os juros moratórios resultam do retardamento indevido no cumprimento daquela obrigação, isto é, do atraso ou mora em resolver uma determinada avença entre as partes.[20]

Podemos concluir, então, que o juro é um *custo*. Trata-se de insumo do sistema financeiro – meio pelo qual os tomadores (pessoas físicas ou jurídicas) pagam pela utilização da moeda. Sendo custo, é fácil perceber que sua composição está atrelada a inúmeros fatores, "matérias primas" da indústria financeira, ou numa analogia mais simplista às seguintes variáveis:

---

[18] John M. KEYNES. *A treatise on money*. Cambridge University Press, 1928.
[19] Pontes de MIRANDA. op. cit. pág. 15.
[20] Assim ver, ainda, a redação dada pelo Artigo 394 do Código Civil de 2002, relativamente à mora na disciplina do inadimplemento das obrigações: *"Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer"*.

a) Preço do dinheiro: custo básico - como a moeda é bem fungível, há de se estabelecer um patamar mínimo de oportunidade, ou seja, uma taxa mínima de referência, que em nosso caso é poupança, ou uma espécie de taxa preferencial ("*prime rate*"), abaixo da qual ninguém se dispõe a investir seus recursos. Por exemplo, nenhum banco conseguiria captar nenhum recurso de qualquer depositante caso oferecesse uma taxa menor do que a poupança: pelo mesmo risco, os agentes econômicos preferem aplicar seus recursos na Caixa Econômica ou no Banco do Brasil, instituições financeiras públicas e federais que, por força de lei, não podem se tornar insolventes.

b) *custos das restrições monetárias*: o Banco Central exige que parte dos depósitos feitos nos bancos sejam nele depositados, muitos sem qualquer tipo de remuneração., o Banco Central também condiciona a aplicação de determinadas linhas a determinados tipos de crédito. Esses custos devem refletir também na taxa de juros, já que o Banco os repassa para o tomador final, incorrendo, também, em custo de oportunidade, especialmente qunado opta por manter aqueles depósitos sem remuneração.

c) *custo operacionais*: compreendem desde os custos de manutenção de agências, pessoal, segurança etc., até custos relativos à contingência legal, como aqueles referentes ao não pagamento das dívidas. Em última análise, trata-se do risco de o banco não receber o que lhe é devido

d) *custos fiscais*: diz respeito aos impostos incidentes sobre o crédito, sejam eles de competência da União, dos Estados ou dos municípios.

Como qualquer mercadoria – e o juro não passa de uma mercadoria – ele está sujeito aos efeitos da oferta e da demanda – lei imutável da natureza econômica. Se há mais gente querendo comprar moeda, o preço (juros) sobe; caso contrário, ele cai.

Voltemos ao tema do crédito.O crédito é uma das mais importantes molas para o desenvolvimento. Henry Thornton[21], ainda no século XIX, entendia que crédito (como sinônimo da confiança) seria fundamental para o desenvolvimento da economia. Ele escreveu: *"a confiança que subsiste entre homens de comércio no que diz respeito a suas relações mercantis (...) Em uma sociedade na qual a lei e o senso do moral são fracos, e o direito de propriedade, em conseqüência, é inseguro, evidente que haverá pouca confiança e crédito e, igualmente, pouco comércio"*.

Quase duzentos anos depois, a afirmação continua impressionantemente válida. Dentre os assuntos mais debatidos da atualidade, na imprensa e na sociedade, destacam-se a alta taxa de juros e a pequena oferta de crédito bancário na economia brasileira. Diariamente se proclama como grande vilão do desenvolvimento a alta da taxa de juros – já por longos anos – e como conseqüência direta de juros altos, a baixa oferta de crédito. O quadro a seguir estabelece uma comparação entre as taxas de juros praticadas em alguns países.

TAXA DE JUROS NO BRASIL : UMA COMPARAÇÃO INTERNACIONAL

Páis	*Taxa Média de Juros anual (2003)*
Brasil	60,96
Argentina	15,57
Chile	9,31
México	8,49
Tailândia	6,54
Coréia	6,35
Estados Unidos	5,48
Zona do Euro (Europa)	4,62
Reino Unido	3,39
Japão	2,39

Fonte: BID (www.bid.org).

Primeiro, por oportuno, seria interessante fazer um breve relato sobre o que foi a tão falada limitação constitucional dos juros. Para muitos ingênuos esse assunto deveria voltar a ser a solução mágica para a redução dos juros no Brasil. A Emenda Constitucional nº 40, que trouxe à baila a limitação constitucional dos juros, foi aprovada após vigorosos debates no Congresso, e buscou fixar juros ao patamar imutável de 12% (doze por cento) ao ano mais a correção da moeda, já que o parágrafo 3º do art. 192, hoje excluído, expressamente mencionava "juros reais".

Sem a emoção que tem por hábito balizar esse tema, a limitação constitucional dos juros revelou-se prejudicial ao processo de formação de poupanças. Mesmo que não tivesse sido inteiramente aplicado tal dispositivo, em função de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin nº 004-DF)[22] que decidiu que o artigo 192 da Constituição não poderia ser auto-aplicável, se não bastasse tais considerações de ordem jurídica e macroeconômica, em retrospecto, existiam também pelo menos quatro razões para se impedir qualquer limitação de juros, para que pudesse :

a) evitar erros na formulação de expectativas dos agentes econômicos quanto à inflação futura, o que na prática suprimiria a liberdade do mercado formar taxas de juros pré-fixadas;
b) evitar o repasse de custos administrativos e outros ônus na concessão do crédito, o que representaria a inviabilidade das operações de crédito junto ao varejo e ao consumidor final;
c) evitar o repasse do componente de risco, que poderia significar o fim da oferta de crédito para os segmentos que não puderam dar garantias consideradas adequadas ou suficientes pelos credores;
d) evitar repasse de empréstimos externos no âmbito do Sistema Financeiro, já que certamente haveria conflito de leis na esfera do direito privado, já que tal

---

[21] Henry THORTON. *An enquiry into the nature and effects of the paper credit of Great Britain*. New York: A.M. Kelley. 1965. (1ª edição 1939)

[22] O inteiro teor da ADIn e os respectivos Votos e Acórdão estão publicados na *Revista Trimestral de Jurisprudência n.*147, pp. 816 e ss.

limitação de juros não encontra guarida no direito internacional do mundo moderno;

Felizmente, o artigo 192, por meio da Emenda Constitucional nº 40, foi reescrito, eliminando-se os oito incisos que disciplinavam o capítulo (de um só artigo) sobre Sistema Financeiro Nacional na Carta de 1988. Assim foram revogados todos os dispositivos que estabeleciam, por exemplo, da autorização e do funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, e dos órgãos oficiais fiscalizador e ressegurador, como, inclusive, os célebres incisos IV e V, que tratavam do Banco Central, dos requisitos para a designação de membros da diretoria do banco central e demais instituições financeiras e seus impedimentos após o exercício do cargo. Revogaram também outros incisos que cuidavam da criação de fundo ou seguro, critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento, da transmissão do controle da pessoa jurídica titular e concedida sem ônus e os três parágrafos que tratavam entre outros temas, da limitação dos juros. A Emenda Constitucional 40 deu a seguinte redação ao Art. 192 que hoje se lê:

> " O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram."

A origem da usura

A usura tem origem bíblica. Diz no Velho Testamento, Levítico, 25 (36-37): *"não recebas usura dele, nem o executes por mais do que o que tu lhe deste. Teme a teu Deus, para que teu irmão possa viver em tua casa. Não lhe darás o teu dinheiro a usura, nem exigirás dele mais grão do que o que tu lhe houveres dado."* Em outra passagem do Velho Testamento, Exequiel 18 (31) afirma que será "filho ladrão que derrame o sangue ou cometer qualquer destas faltas" entre elas, *"emprestar a juros e receber mais do que emprestou: acaso*

viverá ele ? Não viverá. Antes, depois de ter executado todas estas ações detestáveis, infalivelmente morrerá, o seu sangue será contra ele mesmo." Assim é que o próprio Direito pós-cristão celebrou o famoso brocardo: *"quid sorti accedit, usura est"* ("o que ultrapassa o principal é usura."). São Tomás de Aquino, no início da Idade Média então celebrou sua formulação de que "juros são o custo do dinheiro no tempo" e em sendo o "tempo" de Deus, seria pecado cobrar por ele. Francisco Cláudio de Almeida Santos descreve: "Na Idade Média, o juro era simplesmente abominado (Santo Agostinho denominava-o de *mammona iniquitatis*), projetando-se nos séculos seguintes esse preconceito, acolhido pelo pensamento escolástico".[23]

Entre nós, foi a famosa Lei da Usura o Decreto nº 22.626 de 1933- que resolveu fixar a taxa de juros no limite de 12% ao ano. Hoje, a limitação da taxa de juros, prevista nesse diploma normativo como sendo contrária às instituições financeiras, teve sua interpretação dada pela Súmula 596, do Supremo Tribunal Federal, também aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo que *"as disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional.*

Hoje, sustenta-se que a taxa de juros esteja limitada, pelo Código Civil (cf. artigos 406 e 591 do CC 2002 e artigos 1.062 1.262 do CC 1916), tendo sido revogado o artigo 1º da Lei de Usura . Mantém-se na prática, a taxa de juros de 12% ao ano. As instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional, entretanto, teriam permissão para cobrar juros acima desses limites, fixados pelo Conselho Monetário Nacional (cf. art. 4º, inciso IX, da Lei nº 4.595/64 c/c/ Súmula 596/STF)"[24].

Voltemos à alta taxa de juros e a pequena oferta de crédito bancário na economia. Como está claro que não se baixam juros por atos de voluntarismo nem de arroubos

[23] Francisco Claudio de Almeida SANTOS. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais v.2. a 1 , pág. 70, maio-agosto 1998.
[24] Arnaldo RIZZARDO. *Contratos de Crédito Bancário.* 6ª ed. São Paulo: RT. 2003. pág. 342

declamatórios, é necessário mudar os paradigmas vigentes e assim definir os pontos de natureza econômica e jurídica que, por serem fundamentais, necessários e suficientes para tanto, podem apresentar o cenário institucional apropriado para o estabelecimento de tais condições entre nós.

Se todos estão de acordo com a premissa acima, a pergunta chave é: como se garante mais crédito? Certamente não é forçando os banqueiros a emprestar mais. O Brasil, entre outros exemplos, já tentou direcionar o crédito e aumentou as exigibilidades bancárias (parcela dos depósitos à vista ou à prazo que os bancos são obrigados a emprestar) para graus quase insuportáveis porém com pouquíssimos resultados concretos.

O exemplo mais recente diz respeito ao microcrédito, que obriga os bancos a conceder a pequenos e médios empresários empréstimos da ordem de 2% dos depósitos compulsórios à vista. O resultado, como era de esperar, foi extremamente frustrante. Não se amplia por medida legislativa a oferta de crédito; do mesmo modo, juros não caem na bravata. Hoje, os direcionamentos do crédito representam amarras e custos de transação que retardam o desenvolvimento. Obrigar uma instituição financeira a aplicar uma porcentagem específica em setores pouco rentáveis representa um desestímulo àquele produto e os bancos não o farão. Em larga medida, o crédito habitacional é exemplo acabado disso. Sua escassez está relacionada às altas exigibilidades de aplicação da carteira dos bancos. Da mesma forma, a redução dos depósitos compulsórios acarretará a queda dos juros.

Exigibilidades bancárias

As exigibilidades bancárias são créditos direcionados, i.e., tudo aquilo que o Banco Central obriga, por lei, os bancos emprestarem. Basicamente dividem-se em três grandes grupos:
a) Crédito Rural
b) Crédito Habitacional

c) Operações com BNDES

O volume de Recursos Direcionados cresceu 11,2% em doze meses atingindo R$ 150,6 bilhões, elevando a importância relativa desses recursos no total de operações de crédito neste ano. Esse resultado deve-se em boa parte às operações direcionadas ao crédito rural, que atingiram R$ 41,2 bilhões em setembro de 2003 e apresentaram um crescimento de 41,3% no período. Em seu documento *"Economia Bancária e Crédito: Avaliação de 4 anos do projeto Spread Bancário"* , o Banco Central afirma que: *"De qualquer forma, é evidente que as principais causas que explicam a escassez e o custo do crédito no Brasil continuam presentes e demandando a atuação do Governo e da sociedade para sua superação. Isto porque, apesar de alguns progressos pontuais, os depósitos compulsórios, os créditos direcionados e os impostos indiretos continuam onerando o crédito e a intermediação financeira. Além disso, ainda existem dificuldades de obtenção de informações, o que traz prejuízos à concorrência e à avaliação do risco de crédito, bem como prevalece no País um ambiente institucional bastante desfavorável ao crédito, caracterizado por um sistema legal e judicial ineficiente e pró-devedor."*

Vale lembrar ainda, que uma das tentativas de aumentar a oferta de crédito bancário foi o crédito consignado em folha. Trata-se de um empréstimo bancário garantido pela dedução direta da folha de pagamento dos assalariados,. Até agora, os resultados foram bastante tímidos. Igualmente modesto, mas com maiores esperanças, está o crédito consignado. Com a edição, em 18 de setembro de 2003, da Medida Provisória nº 130 e do Decreto nº 4.840/03 que a regulamenta, os trabalhadores que possuem registro em carteira estão elegíveis a obter empréstimos, financiamentos e *leasings* e descontar o valor das prestações diretamente na folha de pagamento, com taxas de juros menores que as fixadas pelo mercado.

"A agenda do microcrédito se concentra na ampliação do acesso pelas camadas de mais baixa renda e por empreendedores de micro ou pequena escala aos serviços financeiros. (...) Houve uma aceleração notável do setor de microfinanças no Brasil a partir do final dos anos 90 (Figura 3), devido à criação e regulamentação de novas formas institucionais, as OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse

Público) e as SCMs (Sociedades de Crédito ao Microempreendedor), ao lançamento de um programa de microcrédito de larga escala pelo BNB, "CrediAmigo", e ao apoio financeiro a tais instituições, oferecido pelo BNDES. Apesar dessa aceleração rápida, a penetração das microfinanças no Brasil permanece fraca, especialmente se comparada aos países vizinhos. A taxa de crescimento da carteira de pequenas IMFs individuais (a saber, outras que não CrediAmigo) não tem sido notadamente alta, e grande parte do esforço de crescimento deve-se mais ao estabelecimento de novas empresas do que a uma expansão rápida das empresas existentes. Entre os fatores responsáveis pela baixa penetração das IMFs independentes destacam-se: as dificuldades para expandir o alcance ao cliente sem uma rede de agências ou produtos de poupança; a presença de instituições de microfinanças dirigidas principalmente por governos municipais para atingir objetivos sociais e que fornecem crédito altamente subsidiado; deficiências regulatórias relativas à complexidade de diferentes marcos regulatórios e a exigências excessivas de documentação e de capital."

Fonte: Ana Carla COSTA e Márcio NAKANE. *Brasil: Acesso a Serviços Financeiros*, Banco Central, 2003. p.5.

Certo é que há questões de risco e de política monetária que são igualmente (ou mais importantes). No entanto será abordado aqui o arcabouço institucional do sistema financeiro nacional, em especial, quais seriam os incentivos institucionais para aumento do crédito. A questão que resta é, portanto, saber como é possível aumentar "naturalmente" a oferta de crédito. Primeiramente vamos tratar das garantias bancárias e da execução de tais garantias na hipótese de inadimplência.

12.7 Garantias bancárias e oferta de crédito

O quadro abaixo mostra a comparação da oferta de crédito entre vários países, entre eles o Brasil. Veja que há países com menores economias cujos bancos emprestam mais, como Venezuela e Chile, por exemplo.

Há ainda, na literatura econômica, diferenças na razão crédito/PIB para cada páis não explicadas por diferenças de renda per capita.[25]. Uma das razões apresenta relação estreita com o Poder Judiciário e com a execução de garantias, como será visto a seguir . Por ora, podemos adiantar que páises com Poder Judiciário mais ineficientes têm menores volumes de crédito. Numa Federação como o Brasil, até mesmo diferenças na percepção de questões econômica pelo Poder Judiciário de cada Estado da Federação são quase tão importantes como na renda per capita para explicar a razão crédito/PIB em cada Estado.

O mercado financeiro brasileiro é segmentado, tanto na oferta quanto na demanda. Há, em síntese, e como já vimos no perfil do sistema financeiro acima, uma divisão entre instituições financeiras públicas e privadas. Cada uma tem um nicho de mercado determinada, que pode ser resumido em:

- Bancos públicos mais voltados para operações de prazo mais longo e certos setores (e.g. rural e habitação)
- Bancos privados: produtos financeiros em geral voltados ao curto prazo e que se dividem, grosso modo, em Pessoas Físicas e Pessoas Jurídicas.

Já Quanto ao perfil da demanda, isto é, o dos dos tomadores de crédito (na definição acima, os agentes econômicos deficitários) o mercado se divide em mercado de varejo, *middle-market* e *corporate*. No primeiro inserem-se os serviços destinados a todos os clientes pequenos, aqueles que não têm volume de recursos, mas são sempre numerosos; o mercado de *middle market* compreende os serviços para as médias empresas, as quais, na definição legal, podem ter faturamento anual até R$ 10 milhões. Finalmente, enquanto os clientes da área *corporate* são aqueles clientes que apresentam faturamento acima desse limite previsto para o *middle market*.

Feitas essas considerações sobre os segmentos bancários, voltemos a discussão dos juros altos no Brasil. Temos uma elevada taxa passiva, o que pode explicar nossa política monetária mais restritiva, mas não explica inteiramente o elevado *spread* bancário observado no país. Em linhas gerais, o *spread* diz respeito à diferença entre a taxa de captação e a taxa de empréstimo praticadas pelos bancos. Em outras palavras, é a diferença de quanto um banco paga ao depositante e quanto ele cobra do devedor. O quadro a seguir consolida alguns dados a respeito da evolução do spread bancário no Brasil nos últimos anos:

Evolução dos spreads bancários:

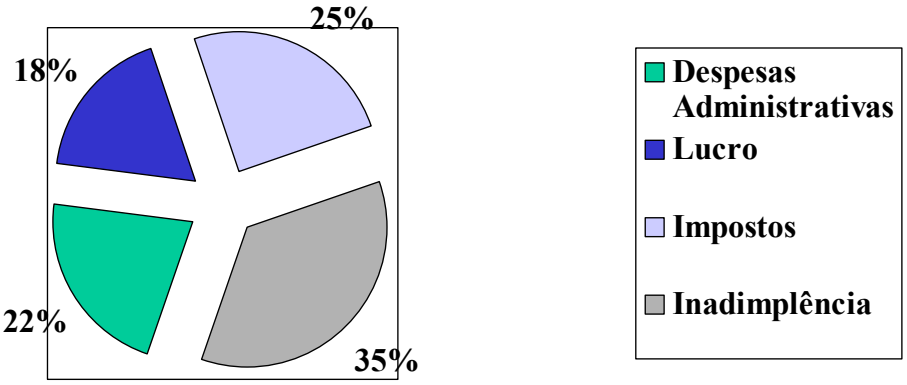
Em 2003: Pessoa Física	
Em 2002: Pessoa Física 51,4%	Pessoa Jurídica 14,5%
Em 2001: Pessoa Física	Pessoa Jurídica

Fonte: BANCO CENTRAL. *Juros e Spread Bancário - uma evolução recente*. 2003

A pergunta natural que se segue à discussão do spread é como esse número é formado. A isso podemos chamar da decomposição do spread bancário[26] que teve aproximadamente a seguinte composição em 2003, ou seja, para cada R$ 1 de diferença entre captação e aplicação, incidiram os seguintes elementos:

[25] Nesse sentido, ver Armando Castelar PINHEIRO. *O Judiciário e a Economia no Brasil*. São Paulo: IDESP. 2002

[26] Sobre a composição do *spread*, cf. BANCO CENTRAL. *Juros e Spread Bancário no Brasil*. Rio de Janeiro: DEPEP.1999. pág.18 e ss, que seria, basicamente, constituído por quatro elementos: (a) absorção de poupança privada pelo setor público (incluindo os depósitos compulsórios); (b) cunha fiscal nas operações bancárias; (c) inadimplência e insegurança jurídica na recuperação de garantias; e (d) custo administrativo e margem líquida dos intermediários financeiros.



Não se pode deixar de mencionar outros fatores que também são importantes na composição de custos de um banco. Um deles é o nível de depósitos compulsórios que cada instituição recolhe ao Banco Central em razão de política monetária; o outro diz respeito à baixa produtividade ou eficiência reduzida de cada instituição, que aumenta os seus custos operacionais, ou até mesmo certo poder de mercado que determine o aumento dos lucros da instituição num dado segmento, por exemplo, naquele em que exista baixa ou restrita concorrência. Ainda assim, esses fatores estariam, grosso modo, a definir o critério de lucro percebido pela instituição.

É preciso avançar no desenvolvimento de mecanismos de garantias, fundamentais na precificação dos juros. Isto porque, se o devedor não puder (ou não quiser) pagar, há que ser executado.

A afirmação acima precisa ser melhor explicada. O não-pagamento de uma obrigação, dá-se pela **incapacidade de pagar** (por exemplo, pelo insucesso no projeto ou no emprego (também denominado de "risco comercial"); pela **instabilidade econômica** (conhecido como "risco de mercado") ou por qualquer outra variável que esteja fora do controle do devedor e que lhe impede de adimplir

seus compromissos financeiros, e assim, saldar a sua dívida. No entanto, pode haver não a incapacidade de pagar, mas a **indisposição a pagar**, como quando o devedor simplesmente prefere não pagar. Nesse casos específico, observa-se uma clara falta de incentivos para que devedores paguem, situação que gera um elevado grau de oportunismo por parte do devedor. A relação que se trava aqui é de proporcionalidade inversa. Assim, quanto menores as penalidades para o inadimplemento de uma obrigação, maior será o comportamento oportunista do devedor. [27]

Por um lado, o ideal seria selecionar adequadamente os devedores: por exemplo, ter amplos e precisos bancos de dados com informações negativas e positivas, hoje possibilitadas por maior e melhores tecnologias para manipular tais informações. No entanto, nem sempre é possível acertar. Em geral um mau pagador é bom até um determinado momento: no instante em que há uma dívida em que ele não pode (não quer) mais pagar, o bom devedor se torna um mau pagador. Vale dizer em outras palavras, só se sabe que o mau pagador é de fato um mau pagador quando ele deixa de pagar. Mesmo que os bancos de dados representem um avanço na concessão de crédito, eles devem ser considerados apenas instrumentos adicionais para análise do crédito. Ainda assim, a ameaça de inscrever o tomador de crédito em cadastro de devedores inadimplentes (SPC, Serasa etc.) representa um verdadeiro incentivo para que ele pague em dia).[28] Contudo, existe hoje um grande debate no Poder Judiciário sobre a relação da disciplina da proteção do consumidor e o direito do credor de inscrever o mau pagador nesses cadastros.

Assim, é necessário que sejam incrementados os incentivos para que devedor pague, como por exemplo, fortalecer as exigências de garantias pessoais e reais a serem habilmente pelo credor. Aqui, no caso, é importante distinguir leis e, principalmente, tribunais que não protegem adequadamente os credores. Aspectos processuais como

[27] Para uma abordagem do problema do oportunismo, ver interessante estudo de Oliver E. WILLIAMSON. *Why Law, Economics, and Organization?* Berkley: UC Berkeley Public Law Research Paper No. 37. December 2000, pág. 6.

a própria morosidade da justiça (apontada como o principal problema para a boa execução do contrato) influenciam de modo decisivo a rapidez com que um credor recupera o seu crédito.

[28] Armando Castelar PINHEIRO. *O componente judicial dos spreads bancários*. Mimeo. pág.2

A ação de conhecimento é a fase no processo que gera um resultado concreto: um título executivo judicial. Está se discutindo no Congresso um projeto para unificar as duas etapas. A exposição de motivos justifica: "Só após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora, o demandante logra obter ao fim a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o 'bem da vida' a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante 'embargos', com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos. Tudo superado, só então o credor poderá iniciar os atos executórios propriamente ditos, com a expropriação do bem penhorado, o que não raro propicia mais incidentes e agravos. Ponderando, inclusive, o reduzido número de magistrados atuantes em nosso país, sob índice de litigiosidade sempre crescente (pelas ações tradicionais e pelas decorrentes da moderna tutela aos direitos transindividuais), impõe-se buscar maneiras de melhorar o desempenho processual (sem fórmulas mágicas, que não as há), ainda que devamos, em certas matérias (e por que não?), retomar por vezes caminhos antigos (e aqui o exemplo do procedimento do agravo, em sua atual técnica, versão atualizada das antigas 'cartas diretas'...), ainda que expugidos rituais e formalismos já anacrônicos. Lembremos que Alcalá-Zamora combate o tecnicismo da dualidade, artificialmente criada no direito processual, entre processo de conhecimento e processo de execução. Sustenta ser mais exato falar apenas de fase processual de conhecimento e de fase processual de execução, que de processo de uma e outra classe. Isso porque "a unidade da relação jurídica e da função processual se estende ao longo de todo o procedimento, em vez de romper-se em dado momento" (*Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, 2ª ed., 1970, n. 81, p. 149).

F*onte*: *Exposição de Motivos ao Projeto de Lei nº 03253/2004*–(EM nº 00034 – Ministério da Justiça, Brasília, 18 de março de 2004)

Portanto, além de mudanças na legislação material é preciso avançar no desenvolvimento de mecanismos de garantias, fundamentais na precificação dos juros, porque, se o devedor não puder (ou não quiser) pagar, existe a possibilidade de satisfação da dívida pelo bem dado em garantia, e e, com isso, cobrir o prejuízo do credor. Garantias são exatamente isso: pactos acessórios a uma obrigação

principal, por meio dos quais bens ou direitos do garantidor (ou de terceiros) podem ser envolvidos em demandas judiciais com intuito de ressarcir o credor pelo inadimplemento do devedor.

A ausência de um sistema eficiente de execução de garantias impossibilita alcançar avanços em relação à proteção, cobrança e execução do crédito bancário. Por que os juros de financiamento de veículos são os mais baixos do mercado? A resposta é simples. Em virtude do instituto da alienação fiduciária, criou-se um bom sistema de garantia, que é o o próprio carro adquirido. Desenvolvido na década de 1970, esse sistema permitiu um processo rápido e econômico de retomada do bem, o que, em última análise, aumenta a certeza do credor de recuperar o que investiu e oferece ao devedor o correto incentivo de que, se não cumprir pontualmente suas obrigações, perderá o bem adquirido.[29]

Taxa de juros de financiamento de veículo e de cheque especial

O banco sabe que um devedor pode não pagar o montante contratado por diversas razões. Entre elas, obviamente, a quebra da empresa. Se uma empresa que tinha crédito ou fluxo financeiro no momento da concessão se vê impedida de honrar

[29] Entre nós, a alienação fiduciária em garantia (ou "venda com reserva de domínio") encontra sua disciplina jurídica no Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Do ponto de vista contratual, ela é um negócio jurídico complexo, fundado por uma relação obrigacional e outra real, justamente pela associação existente entre uma compra e venda e a garantia dada, que é o próprio bem que se pretende adquirir. O devedor (aqui, adquirente) fica com a posse direta de um bem (móvel ou imóvel), que serve de garantia do crédito em favor do credor (aqui, alienante), até o adimplemento da obrigação principal. Satisfeita a dívida garantida, a propriedade se transfere, em sua integralidade, ao devedor, porque até então ela estava reservada ao credor. A fidúcia, que em latim significa confiança, segurança, diz respeito à causa do negócio: faltando à confiança do financiador, diminui a garantia dada. Entretanto, uma vez paga a dívida, a propriedade fiduciária, antes atribuída ao credor-fiduciante, passa, definitivamente, ao devedor-fiduciário. Sobre o tema, cf. José Carlos MOREIRA ALVES. *Da alienação fiduciária em garantia.* 3ªedição. Rio de Janeiro: Forense. 1987; César FIUZA. *Alienação fiduciária em garantia de acordo com a Lei nº 9.514/97*. Rio de Janeiro: AIDE. 2000; e Paulo RESTIFFE NETO e Paulo RESTIFFE. "A alienação fiduciária em garantia e a lei de sociedades anônimas". *Revista dos Tribunais*. vol.88. n. 764.1999. pág. 60-74.

seus compromissos, o mais importante passa a ser a garantia e, conseqüentemente, como executá-la.

No Brasil, na hipótese de falência, existe um instituto conhecido como concurso de credores, ou seja, uma vez decretada a quebra, forma-se uma fila: o primeiro a receber é o trabalhador, depois o Fisco e, em seguida, os demais credores (na seqüência, aqueles que têm garantias e, por fim, os que não a possuem). Ora, na falência, em geral, não há o suficiente para os trabalhadores, e muito menos para os bancos. Nesses casos, os credores financeiros aumentam o prêmio dos juros, especialmente porque estão correndo mais risco. Na grande maioria dos países, no entanto, os credores com garantia são pagos antes de qualquer outro. Já no Brasil, o projeto de lei de falências, em trâmite no Congresso Nacional, coloca o trabalhador em primeiro lugar e os credores com garantia real, e depois o Fisco. É um considerável avanço e muito melhor para o país e para o crédito.

A correta e rápida execução do crédito bancário, em última análise, aumenta a certeza do credor em recuperar o que investiu e desestimula o devedor a deixar de cumprir pontualmente suas obrigações, pois, se o fizer, perderá o bem adquirido. Interessante notar que, em passado recente, empreendeu-se uma tentativa de avançar com medidas de igual inspiração, como por exemplo, as Cédulas de Crédito Bancário. Estas infelizmente têm sido pouco utilizadas, justamente por terem sido objeto de medida provisória.

Além disso, faz-se necessário criar sistemas de regime sumário de execução do crédito bancário, com o objetivo de evitar o prolongamento de cobranças por anos a fio. Do mesmo modo, é preciso que haja a obrigação vinculante de fazer com que qualquer discussão judicial acerca de crédito bancário seja precedida do efetivo pagamento do valor do principal, como condição básica de ação. Tal medida reduziria os encargos das demais operações de crédito e permitiria um procedimento mais equânime com o credor.

O segundo ponto, igualmente preocupante, diz respeito à carga tributária que incide sobre o crédito. Apenas para ilustrar, nos tributos em cascata (PIS, Cofins e CPMF), a carga fiscal do valor mutuado é de 33%, sem contar com o IOF, que incide no estoque e não no fluxo de capital. É ingenuidade achar que o ônus tributário pode incidir mais ferozmente nos bancos porque eles "têm com que pagar". A carga tributária é automaticamente incorporada ao *custo do dinheiro* e se transforma em juros mais altos a serem pagos pelo mutuário.

Outro aspecto também problemático carece de solução razoável pelos Tribunais: o leasing. Em essência, trata-se de um negócio jurídico complexo, fundado na locação de um bem com opção de compra. As ações coletivas propostas por ocasião do repentino aumento do dólar abarrotam desde 1999 os tribunais e representam foco de graves e fecundas preocupações que podem, no futuro, sepultar este produto bancário. Como bem afirmou a ilustre ministra Nancy Adrighi: *"[...] preocupar-se com apenas uma das partes, ignorando por completo os efeitos que a decisão judicial poderá ter em relação a* ex adversa*, por certo não se coaduna com a noção de jurisdição responsável e com o sagrado princípio da igualdade de tratamento."* [30]

Precisamos entender definitivamente que a natureza da operação de crédito e a dos juros bancários estão interligadas. O sistema financeiro, como se afirmou, capta recursos de agentes superavitários, transmuta-os produtos em prazos e para públicos diferentes e os empresta a agentes deficitários. Sua máxima é o equilíbrio. Fica impossível buscar o equilíbrio se a remuneração dos depositantes estiver desconexa com aquilo que o banco recebe em juros. E mais: economicamente, os recursos que o banco empresta não são seus, daí a noção de intermediação financeira que expusemos anteriormente.

[30] Nancy ADRIGHI. Contrato de leasing. Indexação pela variação cambial. Possibilidade. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 17. pág. 153 - Jurisprudência - jul a set-2002 - STJ jul-2002 ago-2002

O debate dos juros conduz à discussão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Apesar da edição da Resolução nº 2.878pelo Banco Central, em 26 de agosto de 2001, com vistas a regrar os procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras "nos contratos de operações e na prestação de serviços com clientes e com o público em geral", pouco se avançou na harmonização de tais relações. Não se pretende restringir o direito dos consumidores — o que seria inconstitucional—, mas é preciso entender que moeda é algo especialíssimo. Por exemplo, não faz nenhum sentido reclamar do seu "defeito" ou de sua desvalorização ou revalorização, num contrato de crédito ou de câmbio depois de celebrado. Igualmente, é necessário afastar a tutela do inadimplente contumaz que apenas acentua o que se conhece como *seleção adversa*, vale dizer, os custos dos bons pagadores sendo determinados pelos maus pagadores. Não se pode admitir nenhuma incerteza quanto à sua execução, pela simples e boa razão de que a única forma de aumentar a oferta de crédito é exatamente criar o ambiente institucional propício à confiança.

Ainda que, para determinados contratos bilaterais, seja admitida a revisão judicial em virtude da onerosidade excessiva, nos contratos bancários (unilaterais) esse expediente tem o condão de aumentar os juros, já que, mais uma vez, causa incerteza aos agentes econômicos. Por conta de sofisticação e a complexidade dos custos bancários, somenta as autoridades monetárias é que tem condições de regular a política de juros. Em última análise, esta não deve depender de decisões judiciais.

Nossa agenda poderia ser mais extensa, e nela poderíamos encontrar outros pontos falhos. . No entanto, como afirmaram SADDI e WALD[31]: *"É preciso, sempre e em qualquer lugar, estabelecer parâmetros com os quais se possa comparar o alcance das normas jurídicas. Desnecessário aprofundar-se nas imensas dificuldades para baixar juros e ampliar a oferta do crédito bancário quando não há certeza jurídica. Mais do que urgente, a reflexão acerca*

[31] Arnoldo WALD e Jairo SADDI. *Agenda perdida para baixar os juros.* Valor Econômico. 06/03/2003. pág. B2

desses temas, por parte de juristas e economistas, num diálogo construtivo com o Poder Público, deve ser motivo de decidida ação para o desenvolvimento que pretendemos para o nosso país."

Saiba Mais: O Acordo da Basiléia

O primeiro Acordo de Capitais da Basiléia foi firmado em 1988, entre países originários do antigo Comitê de Regulação Bancária e Práticas de Supervisão formado em 1974 (Suíça, Alemanha, Bélgica, França, Reino Unido, Irlanda do Norte, Itália e Japão), e representados pelos seus respectivos bancos centrais. O Acordo tinha como objetivo a definição e padronização de normas de controle e fiscalização das instituições financeiras, a fim de reduzir os riscos incorridos no setor financeiro e preservar sua estabilidade, em âmbito nacional e internacional.[32]

Assim, estabeleceu-se um guia de recomendações (*"International Convergence of Capital Measurement and Capital Adequacy"* ou Convergência Internacional para Medidas e Adequação de Capital) a ser seguido pelas autoridades locais encarregadas de supervisionar as atividades das instituições financeiras. Tais recomendações voltavam-se para a adoção de um modelo de controle que tinha como princípio fundamental o estabelecimento de padrões mínimos de capital e patrimônio líquido, em função do nível de risco das operações ativas.[33]

O Acordo de 1988 fixou um critério de ponderação das operações de empréstimo, conforme o risco a elas relacionado. Nesse sentido, foi determinado que os bancos mantivessem um patamar mínimo de 8% de reservas em capital contra os riscos de crédito de seus ativos, aos quais seria atribuído um determinado peso. Por sua vez, os empréstimos a corporações receberam uniformemente o peso de 100%, isto é, a exigência de reservas equivalentes a 8% do valor da operação, enquanto o peso padrão estabelecido para títulos de dívida pública de países da OCDE foi de 0%. [34]

---

[32] O Acordo de Basiléia insere-se no esquema da regulação prudencial a disciplinar os riscos bancários. Por meio desta são empregados mecanismos de controle *ex ante* que objetivam a proteção do público poupador e o ambiente institucional em que se desenvolve a atividade bancária. Nesse sentido ver Jairo SADDI. *Crise e Regulação Bancária.* São Paulo. Textonovo. 2001. pp. 94 e ss; idem. *O Novo Acordo da Basiléia.* Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol.6.n.20.2003. pp. 47 e ss.

[33] Jairo SADDI. *O Novo Acordo da Basiléia* op. cit.p.47

[34] Ver nesse sentido, Otaviano CANUTO. *Curvas, QIS e Glamour de Basiléia.* Valor Econômico. 08/10/02.

Embora o Primeiro Acordo da Basiléia tenha representado um avanço importante para o sistema financeiro como um todo, ele recebeu intensas críticas, o que despertou o debate acerca da possibilidade de alterações no pacto original. Com vistas a contornar referidas críticas é que, em janeiro de 2001, o Comitê da Basiléia de Supervisão Bancária divulgou sua proposta para o Novo Acordo de Capitais (Acordo da Basiléia II). Este teve finalizada, em Maio de 2003, sua terceira e última versão, que foi em seguida discutida pelos países.

A última versão de Basiléia II reflete sugestões oriundas dos setores financeiros, de autoridades governamentais e regulatórias e de diversos outros organismos interessados. Como conseqüência, o novo pacto propõe maior flexibilidade na determinação de critérios pelos quais os bancos poderão fixar os seus requisitos de capital.[35]

Mantém-se, entretanto, a exigência de uma reserva mínima de capitais em torno de 8%, quanto aos empréstimos bancários, como também o sistema de padronização dos pesos das diferentes classes de ativos. Entretanto, para cada tipo de ativo – títulos soberanos, empréstimos interbancários, corporações – a diferenciação de pesos de risco dá-se conforme a classificação de risco (*rating*) feita por instituições externas ao banco. Além disso, o novo acordo encerra recomendações para que as autoridades de supervisão bancária possam garantir a existência de processos internos para aferir a adequação de seu capital.[36]

Por fim, o Acordo de Basiléia II contém uma série de orientações destinadas a incentivar a divulgação de informações (*disclosure*), de forma sistemática, como também uma maior transparência por parte das instituições bancárias, a fim de disciplinar o mercado.

Formalmente apenas os bancos dos 13 países membros do atual Comitê de Supervisão da Basiléia (Estados Unidos, Canadá, Japão, Alemanha, Grã-Bretanha,

[35] Jairo SADDI, op. cit.
[36] idem ibidem.

França, Itália, Holanda, Bélgica, Suécia, Suíça, Luxemburgo e Espanha) são obrigados a adotar as novas regras. Porém, especula-se que o Brasil e dezenas de outros países deverão incorporá-las, pois a observância das mesmas constitui condição indispensável para a admissão de um *stardard* mínimo de proteção e bom funcionamento do mercado.

12.11 GLOSSÁRIO

Disclosure: abertura ou disponibilização de informações, para fins de maior transparência das instituições do sistema financeiro;

Risco Sistêmico: quebra generalizada dos bancos capaz de comprometer a estabilidade e eficiência do sistema como um todo.

Spread bancário: diferença entre a taxa de captação e a taxa de empréstimo praticadas pelos bancos, isto é, diferença entre o montante pago pelo banco ao depositante e o valor cobrado pelo banco ao devedor.

Custo Operacional: consiste no custo incorrido para o funcionamento do banco, o que engloba desde os custos de manutenção de agências, pessoal e segurança, entre outros, até custos relativos a contingências legais.

Sigilo Bancário: trata-se de importante principio a disciplinar o sistema financeiro nos países e diz respeito às informações dos valores depositados ou aplicados, sacados ou pagos pelos cidadãos, as quais devem ser resguardadas pela proteção à privacidade.

Intermediação financeira: trata-se da transferência de recursos dos agentes econômicos superavitários para os deficitários, permitindo a concessão de crédito para quem dele precise para a satisfação de necessidades em um determinado momento.

7.9 Estudo de casos

Leia o artigo abaixo e depois siga o roteiro para discussão.

"Direcionamento de crédito não é solução"

Gustavo Loyola - Fonte: *Valor Econômico*, 30 de Junho de 2003

As medidas anunciadas pelo governo na semana passada para incentivar o microcrédito contêm algumas impropriedades que poderão repercutir negativamente no funcionamento do mercado financeiro, até mesmo prejudicando o objetivo de aumentar a oferta de crédito na economia brasileira.

O aspecto mais negativo das medidas, sem dúvida, é a ressurreição da obsoleta idéia do direcionamento de crédito, sob forma de um "incentivo" para os bancos comerciais destinarem recursos para o microcrédito, em contrapartida à redução das exigibilidades de recolhimento compulsório sobre os depósitos à vista.

Esse tipo de mecanismo já foi tentado várias vezes no Brasil e, em todas as oportunidades, os resultados foram pífios. Na maioria dos casos, os bancos simplesmente se utilizaram desse "incentivo" para estender empréstimos e financiamentos para pessoas físicas e jurídicas que já eram seus mutuários. Freqüentemente, os bancos se aproveitaram do menor custo atribuído a essas linhas para reduzir a inadimplência em suas carteiras de crédito, refinanciando mutuários em atraso. Ou seja, esses mecanismos jamais criaram oferta adicional de crédito, no máximo serviram para reduzir o custo do crédito para alguns privilegiados clientes preferenciais dos bancos comerciais.

Além disso, a criação de linhas de crédito com taxas inferiores às de mercado gera habitualmente situações de excesso de demanda, provocando filas de interessados que são selecionados por meio de mecanismos como o da exigência de "reciprocidade" ou através de critérios não técnicos.

Um caso exemplar é o do crédito rural, segmento em que há um excesso de demanda estrutural e no qual o racionamento da demanda se dá freqüentemente pela exigência de contrapartidas do mutuário mediante a aquisição de outros serviços financeiros ofertados pelos bancos.

Por outro lado, a vinculação dos recolhimentos compulsórios a políticas de fomento é totalmente inadequada, pois cria precedente para reivindicações de grupos organizados da sociedade por linhas favorecidas de crédito, o que pode levar ao total desvirtuamento desse importante instrumento de política monetária. Aliás, essa tem sido a tendência histórica no Brasil, em que são comuns demandas para destinação de recursos do compulsório para financiar pequenas e médias empresas, crédito educativo etc. Essas demandas são encorajadas pelo fato de o crédito rural já utilizar, por determinação legal, parte dos recursos vinculados aos recolhimentos compulsórios sobre os depósitos à vista.

Outro inconveniente a ser apontado é o uso ineficiente dos escassos recursos humanos e materiais da área de supervisão bancária do BC na ingente tarefa de fiscalizar o cumprimento das normas do direcionamento de crédito. No caso em tela, segundo as notícias da imprensa, serão elegíveis para se beneficiar da redução do compulsório as operações de crédito de valor inferior a um determinado teto, cujas taxas de juros sejam iguais ou inferiores a 2% ao mês. É de se imaginar o tamanho do contingente de supervisores do BC que deverá fiscalizar o cumprimento desses parâmetros, para que eles sejam efetivos.

Não custa nada recordar que as falhas de supervisão bancária que contribuíram para a crise bancária dos anos 1995/98 originaram-se, em certa medida, dos desvios de função a que foi submetida por anos a fio a área de fiscalização do BC, sobrecarregada por tarefas como a de verificar o cumprimento de normas de direcionamento obrigatório de recursos para o crédito rural e habitacional, além de outras missões estranhas à função de supervisão bancária.

Um outro aspecto preocupante nas medidas anunciadas relaciona-se à permissão para a constituição de cooperativas de crédito abertas, isto é, sem vinculação a segmentos profissionais ou econômicos. É certo que o novo Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) trouxe um maior conforto para se liberalizar a abertura de cooperativas, já que essas instituições não mais representam um risco de crédito direto para o BC, como ocorria no passado. Entretanto, a fiscalização rotineira do BC continua sendo necessária sob o aspecto prudencial, para evitar prejuízos para os depositantes dessas instituições e o desvirtuamento dos objetivos das cooperativas, o que deve adicionar pressão sobre a área de fiscalização do BC, num momento em que há uma aguda carência de pessoal no Banco Central. Ademais, é necessário considerar que os benefícios esperados da abertura de cooperativas do tipo Luzatti, em termos de aumento da oferta de crédito, não compensam os riscos adicionais que estão sendo trazidos para o sistema financeiro.

Além dessas preocupações com relação ao conteúdo das medidas, não nos pareceu adequado o seu anúncio ter sido feito com tanta fanfarra pelo presidente da República. Arriscou-se a imagem pública do presidente na divulgação de medidas que terão pouco efeito no conjunto da economia e que, no máximo, beneficiarão um grupo restrito de brasileiros, o que pode gerar um sentimento de frustração crescente na sociedade.

É louvável a preocupação do governo com a baixa oferta de crédito na economia brasileira e o alto spread observado nas operações bancárias. No entanto, as autoridades não devem perder de vista o fato de que essa situação somente se reverterá por força de um processo de mudanças necessariamente longo e que contempla medidas de diversas naturezas.

A tentativa de se apressar a solução do problema, por meio de atalhos como o uso de recursos do compulsório, pode comprometer esse processo, não apenas por aumentar as distorções do mercado de crédito, como também por criar ilusões passageiras de que o problema já está sendo resolvido.

Gustavo Loyola , doutor em economia pela EPGE/FGV, ex-presidente do Banco Central do Brasil, é sócio-diretor da Tendências Consultoria Integrada

a) A quem se destina o microcrédito ?

b) Quais são as suas vantagens frente aos empréstimos tradicionais ?

c) Por que o autor discorda do uso do mecanismo do direcionamento bancário para microcrédito ?

d) Você concorda com o autor ?

Para pesquisar: você já ouviu falar no livro *O Banqueiro dos Pobres,* de Muhammad Yumus, São Paulo, Ed. Ática, 2000. ? Leia a sinopse abaixo e depois dê a sua opinião se o conceito é aplicável :

Sinopse: "Criar um banco para emprestar dinheiro aos pobres. Foi colocando essa idéia em prática que Muhammad Yumus fundou o Banco Grameen, em Bangladesh, destinado a oferecer um amplo serviço de microcrédito para a população carente de seu país. O sucesso foi tão grande que logo se expandiu para o mundo inteiro, mostrando-se não só uma operação viável do ponto de vista financeiro como um forte aliado no combate à pobreza. Este livro conta a história desse sonho levado à prática, expondo às claras as idéias de Yumus, que em muitos aspectos vai contra os princípios tradicionais dos economistas. Longe da frieza burocrática dos financistas, seu ponto de vista valoriza o ser humano e

mostra-se atento à vida e aos hábitos das pessoas, na ânsia sincera por emancipá-las."

Resumo do Capítulo

1. A noção de troca (intercâmbio de bens) é fundamental para explicar a economia monetária. O papel do Direito nesse campo é regulatório e institucional, ao estabelecer e organizar como os negócios serão concluídos entre os agentes. A criação de uma medida padrão para intermediar as trocas– como ocorreu no tocante da moeda – foi um dos grandes marcos do sistema capitalista. Como visto, a moeda apresenta uma série de vantagens: a divisibilidade em unidades, sua portabilidade e a mensuração de valor de um determinado bem sujeito à permuta entre indivíduos. Um sistema monetário, em sua estrutura, é composto por elementos específicos, tais como uma unidade monetária, um padrão de valor, uma lei monetária (que informa uma sua disciplina especial) e agentes econômicos (poupadores, tomadores e intermediários).

2. Quanto ao sistema financeiro, enfatizou-se a importância de regras estáveis, eficientes e aplicáveis na criação de uma ambiente institucional propício e favorável ao desenvolvimento econômico, ao investimento e à poupança. As decisões tomadas nesse campo são mais seguras quanto maior for a confiança nas regras do jogo. A existência de um sistema financeiro confiável permite reduzir custos de transação e criar valor para o poupador em seu investimento. A concorrência também estimula a oferta de crédito e de produtos e serviços financeiros para o público tomador e consumidor.

3. A noção de sistema financeiro, como conjunto de instituições que facilitam e disciplinam a circulação e a transferência de riquezas também vem associada aos princípios que o informam, orientados pelo escopo de proteção do cidadão: o *princípio da proteção da mobilização da poupança nacional, o princípio da proteção da economia popular*, o *princípio da estabilidade da entidade financeira*, e o *princípio do sigilo bancário* e o *princípio da proteção da transparência de informação*. Quaisquer opções de política legislativa que estejam relacionadas ao sistema financeiro devem levar em consideração tais princípios, que aparecem, igualmente, em inúmeras leis brasileiras.

4. Quanto às funções do Sistema Financeiro Nacional, destacou-se a importância da *intermediação financeira,* que diz respeito, em última análise, à transferência de recursos dos agentes deficitários para agentes superavitários. Esse

movimento de bens ocorre a partir dos indivíduos que têm recursos disponíveis para aqueles que destes precisam. Negócios jurídicos bancários - que no trânsito econômico são freqüentemente conhecidos como operações-, constituem instrumentos indispensáveis para concretizar tal função do sistema financeiro nacional. Assim nascem as operações envolvendo o crédito. Uma outra importante função é a *transmutação de recursos:* as instituições financeiras conseguem transformar ativos líquidos advindos do patrimônio de um determinado agente, superavitário, em obrigações de longa duração a serem assumidas por tomadores, alterando, com isso, os juros devidos, condições de risco do negócio etc. Uma terceira função do sistema financeiro é a de estabelecer a *compensação entre agentes,* valendo-se, para tanto, de procedimentos de transferência de fundos, liquidação de obrigações e de pagamentos.

5. No que concerne ao desempenho das funções do Sistema Financeiro Nacional, destaca-se o *Sistema de Pagamentos Brasileiro.* Ele pode ser descrito como o conjunto de procedimentos, regras, instrumentos e sistemas operacionais integrados, empregados para transferir fundos de um determinado pagador para outro determinado recebedor. Fala-se nos riscos existentes nas operações envolvidas no Sistema de Pagamentos Brasileiro, presentes em qualquer outro sistema de pagamentos: *operacionais, legais* e *financeiros* (de crédito ou de liquidez).

6. Quanto à regulação dos mercados financeiros, existe uma preocupação institucional do Estado em reduzir os prejuízos decorrentes das falhas de mercado. Existirá um *impulso racional e proclamado* da regulação, assentado no objetivo conjunto de maximização das eficiências econômicas e de proteção do interesse público, especialmente nas situações em que o mercado não funciona a contento. Nessa área em especial, o bem jurídico é a *confiança* do agente poupador nas instituições, na estabilidade da moeda e na certeza jurídica relativamente à execução das obrigações. Como examinado, o Direito aqui desempenha um papel de estímulo e traz *normas indicativas* baseadas em objetivos de política legislativa de estabilidade, eficiência e eqüidade.

7. Igualmente, a tarefa da regulação bancária consiste em evitar crises sistêmicas e quebra generalizada de bancos, por um lado, e a garantia de funcionamento normal e eficiente das instituições, por outro. A idéia é clara: a ação do Estado não

visa impedir a quebra, mas sim evitá-la, o que faz com o que ele atraia para si uma responsabilidade pela regulação dos mercados financeiros. Instituições bancárias são especiais por várias razões, como visto, por estarem intimamente ligadas ao destinatário das relações de crédito - o tomador/poupador/consumidor-, por serem participantes ativas nos meios de pagamento e porque os riscos de uma insolvência bancária podem dar ensejo a uma crise sistêmica e, assim, alastrarem-se pela economia. Bancos são especiais, também, em função da a natureza incompleta dos contratos bancários: celebram contratos líquidos e certos de depósito, por um lado, e emprestam de modo incerto a um conjunto potencial de tomadores de crédito, por outro.

8. Importante ressaltar que as justificativas de regulação financeira estão no objetivo de "democratização" do acesso ao crédito, seja de forma direcionada, seja por subsídio, seja por critérios de exigibilidade bancária determinados pelo Banco Central. Do *ponto de vista do consumidor* (e cidadão), trata-se de protêge-lo do risco desmedido; do *ponto de vista sistêmico*, pretende-se garantir a eficiência, por meio da redução dos custos de informação, especialmente ao incrementar a transparência nas informações bancárias; e do *ponto de vista concorrencial*, garantir que não haverá competição predatória ou monopolística, e que, nas relações bancárias, os agentes serão tratados de forma igual.

9. A oferta de crédito, como função elementar de um sistema financeiro, é decorrente da poupança feita por alguns agentes, que a transferem a outros, que dele necessitam para satisfazer necessidades de consumo imediatas. Como visto, os bancos são uma das principais peças do sistema financeiro, com suas atividades negociais dispostas em duas categorias básicas: o *exercício do crédito* (aquelas essenciais à função que é própria dos bancos - coleta de capitais juntos aos poupadores e conseqüente distribuição aos tomadores) e *serviços bancários*, (a intermediação de recursos dos agentes deficitários para os superavitários e a manutenção de contas-correntes, administração de recursos de terceiros, serviços de caixas eletrônicos).

10. A oferta de crédito também está associada aos *juros*, que simbolizam, fundamentalmente, o custo do dinheiro, ou *o direito do credor no tempo*, ou ainda, um pagamento pelo sacrifício incorrido pelo credor por ter se desfeito, momentaneamente, de parcela de seus bens (no caso, dinheiro) em favor do

devedor. Os juros se constituem com base no valor da prestação e no lapso temporal em que a dívida permanece. Podem ser classificados em remuneratórios ou moratórios: os primeiros são convencionais e os segundos, advindos do retardamento indevido (atraso ou mora) do cumprimento da obrigação. Apresentam uma série de variáveis: o *custo básico do dinheiro*, os *custos das restrições monetárias, custos operacionais e custos fiscais.*

11. Como examinado, a economia brasileira apresenta uma alta taxa de juros e pequena oferta de crédito bancário. Essa oferta não se multiplica simplesmente por meio de políticas econômicas de direcionamento do crédito ou da intensificação de exigibilidades bancárias. Nos últimos anos, o governo brasileiro empreendeu tentativas frustradas de aumento de oferta de crédito, tais como o crédito consignado em folha de pagamento e o microcrédito. Uma das opções seria justamente a de incrementar os mecanismos de garantia, pessoais e reais, dos negócios envolvendo crédito, a efetividade na sua execução em juízo (o que remete à questão da a eficiência do Judiciário). Sabe-se que a ausência de um sistema eficiente de execução de garantias impossibilita alcançar avanços em relação à proteção, cobrança e execução do crédito bancário.

12. Finalmente, deve-se observar que pouco avançou a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. A Resolução BACEN nº 2.878/2001 sobre os procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras quanto aos contratos celebrados e à prestação de serviços pelos bancos não concretizou o objetivo de harmonização das relações estabelecidas com o público tomador/consumidor. O expediente da revisão judicial com escopo de redução da onerosidade excessiva de determinados contratos bilaterais (freqüentemente utilizado no âmbito do direito bancário) traz efeitos adversos à execução dos contratos bancários, aumentando os juros e a incerteza para os agentes econômicos. As autoridades monetárias é que teriam condições de regular a política de juros, que independem de decisões judiciais.

Exercícios sugeridos

1. Estabeleça uma relação comparativa entre os objetivos de política monetária e de regulação, pelo Direito, das instituições dos mercados financeiros.

2. Aponte algumas das conseqüências decorrentes do inadimplemento dos contratos bancários, analisando, para tanto, os elementos relativos à confiança das partes envolvidas, vinculação intersubjetiva e duração das obrigações. Em sua resposta, procure contemplar critérios de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

3. A partir dos princípios informadores do Sistema Financeiro Nacional, encontre, nas normas da Lei 4.596/64, referências que tenham contemplado objetivos de política legislativa a eles relacionados. Verifique, ainda, em que medida o bem jurídico tutelado, a confiança dos poupadores, tenha encontrado tutela naquele diploma legal.

4. Analise as formas de atuação do Estado no tocante à regulação do sistema financeiro, as conseqüências do ponto de vista institucional (desejáveis e indesejáveis) delas decorrentes, associando-as à especialidade das instituições financeiras.

5. Explique algumas das operações realizadas pelos bancos (comerciais, múltiplos e de investimentos), enquadrando-as como ativas e passivas. Procure verificar, em sistemas comparados (e.g. brasileiro, norte-americano e europeus) como são classificados os bancos, se existe coexistência entre as modalidades ou unificação das mesmas.

6. Analise a questão da oferta do crédito e a função dos juros a ela associada. Quais seriam os limites de uma intervenção judicial nos negócios celebrados entre os bancos e os clientes e os impactos dela decorrentes sobre a estabilidade dessas relações? Para a resposta, considere as particularidades dos juros, a competência das autoridades na regulação do sistema bancário e os custos existentes.

7. Utilizando ferramentas de pesquisa na Internet, especialmente na base de dados do Banco Central e BNDES, alguns números sobre a relação entre PIB e crédito direto ao consumidor e créditos direcionados (rural, habitacional e micro-

empresa). Verifique, igualmente, as variações dos *spreads* bancários observados nos últimos cinco anos no país.

8. Considere a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários como tem sido estabelecida nos últimos anos pelos tribunais brasileiros. Que tipos de negócios poderiam ser coerentemente enquadrados no âmbito de proteção daquela lei? Estabeleça critérios de interpretação normativa, analisando a importância da disciplina geral dos contratos no Código Civil de 2002 e as particularidades dos contratos bancários. Observe as diferenças existentes entre serviços prestados pelos bancos e os contratos unilaterais relativos à intermediação financeira por eles celebrados com os clientes.

Sugestão de leituras

CANARIS, Klaus W. e HUECK, Alfred. *Derecho de los Títulos Valor*. Barcelona: Ariel.1988

COOTER, Richard e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4th th Edition. New York: Pearson Education. 2003.

COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 3ªed.rev. São Paulo: Leud, 1999

LOSS, Louis e SELIGMAN, Joel, *Fundamentals of Securities Regulation*. 5th ed. New York: Aspen Publishers. 2003

MACEY, Jonathan R, MILLER, Geoffrey P e CARNELL, Richard S. *Banking Law and Regulation*. 3rd edition. New York: Aspen Publishers, 2001

MELO FRANCO, Afonso Arinos, *História do Banco do Brasil: história financeira do Brasil desde 1808 até 1951*. Rio de Janeiro: Banco do Brasil. 1979.

REED, Edward e GILL, Edward. *Bancos Comerciais e Múltiplos*. São Paulo: Makron Books. 1995.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*, 4ªedição. São Paulo: RT, 2003.

ROBERTSON, Dennis Holme. *Moeda*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Zahar. 1969.

SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancárias*. São Paulo: Texto novo, 2001. (prefácio de Renê Garcia Jr.)

SUSNTEIN, Cass R. *Free Markest and Social Justice*. New York/Oxford: Oxford Press.1999

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press. 1987.

CAPÍTULO XIII: MERCADO DE TRABALHO NO BRASIL

13.1 As políticas legais e públicas do mercado de trabalho

13.2 A evolução do Direito do Trabalho: A era Vargas

13.3 Principais linhas e princípios constitucionais do Direito do Trabalho

13.4 Por que reformar ?

13.5 Emprego e empregabilidade: os principais desafios.

13.6 Resumo do Capítulo

13.7 Glossário

13.8 Sugestão de leituras

13.9 Exercícios

"Getúlio Vargas estabeleceu um governo de meias medidas, para um povo adepto do mais ou menos; um governo oportunista para um povo instável: um governo que pouco mandava, para um povo que pouco obedecia. Foi, sucessivamente, positivista, liberal, ditador sem idéias nítidas, social-democrata, fascista, socialista. Mudava de idéias conforme os ventos."

Frase atribuída a Dario Abranches Viotti.

"O populismo inaugurado por Getúlio Vargas se definiu pela associação intima entre trabalhismo e projeto de industrialização. O trabalhismo, como promessa de proteção dos trabalhadores por um Estado paternalista no terreno litigioso entre patrões e empregados. O projeto de industrialização como interesse comum entre burgueses e operários. O populismo foi a forma de hegemonia ideologia, por meio do qual a burguesia tentou – e obteve em elevado grau – o consenso da classe operária para a construção da nação burguesa."

Jacob GORENDER. *Combate nas Trevas.* São Paulo: Ed. Ática, 1987.

13.1 As políticas legais e públicas do mercado de trabalho

O cenário das relações trabalhistas que vamos desenvolver no presente capítulo abarca os seguintes elementos que caracterizam as políticas legais e públicas do mercado de trabalho: os princípios que o Direito busca proteger, o regime vigente para o Direito do Trabalho nos dias de hoje, a empresa empregadora, o trabalhador empregado ou assim considerado, o movimento sindical e o processo de negociação trabalhista.

Antes, algumas definições se fazem necessárias para que se possa melhor compreender o tema trabalho, e ele se inicia com o inegável fato de que o homem precisa de bens e serviços de terceiros para viver em comunidade.

Iniciemos com os **fatores de produção.** A produção de bens e serviços resulta da ação conjunta de quatro fatores: a natureza, o trabalho, o capital e o empresário. Segundo Carlos Galves[1], dos quatro, "o mais fundamental é o trabalho, pois, o uso da natureza sempre o pressupõe, e o capital resulta de sua ação. O empresário realiza uma forma superior de trabalho e por isso recebe um tratamento diferente."

O primeiro fator de produção, a natureza, significa um conjunto dado de recursos, energia e matérias primas, obviamente com os quais, os outros fatores de produção interagem; aliás, há um espaço determinado onde tal exercício ocorre, uma geografia determinada que compreende o solo, o subsolo, as massas líquidas do mar e dos rios, a atmosfera, a fauna e a flora.

O segundo fator de produção é o trabalho. Segundo Galves, "o trabalho, no sentido econômico, é a atividade humana que tem por objetivo a criação de utilidade, sob a forma de coisas úteis ou de prestação de serviços úteis, uns e outros servindo para o consumo ou para a produção. Todas as outras atividades humanas, destituídas desta finalidade, não são trabalho: o esporte, a arte, etc." [2] Uma segunda (e talvez mais simples) definição de trabalho pode ser "o somatório de tempo, energia e dedicação pessoal que um homem presta a outro, com vistas a receber, em trocam uma recompensa financeira, ou material, ou um mix de ambos, que lhe permite atender às suas necessidades pessoais e sociais." [3]

---

[1] *Manual de Economia Política Atual.* Atualizada por Galeno LACERDA. São Paulo : Ed. Forense, 15ed. pág. 70

[2] Idem, ibidem. pág. 89

[3] Jean Pierre MARRAS. *Relações trabalhistas no Brasil. Administração e estratégia.* Futura, 2001, pág. 3

O terceiro fator de produção é o *capital*. Partindo-se do senso comum, o capital é o acúmulo de dinheiro para produção ou para a poupança. Em sentido mais técnico, o capital é o que se aplica na produção de outros bens econômicos e não no seu consumo. O capital é um tipo de bem econômico *sui-generis*, já que pode se revestir de diversas classes: pode ser bens heterogêneos (terrenos, edifícios etc.), bens indiretos; bens intermediários, bens transformáveis, bens reprodutíveis.[4]

O último fator de produção é o *empresário*. É claro que os demais fatores, a natureza, o trabalho e o capital, por si só não produzem nada. É o empresário quem combina estes fatores de produção com um certo objetivo e com um ímpeto de colocá-los em atividade e o faz ao seu próprio risco. O Código Civil assim o define no artigo 966: *"Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços."*

Isto posto, podemos entender o trabalho como *uma mercadoria que se compra e se vende*. O processo de mercantilização do trabalho, no sentido de que o trabalho se transforma em produto que pode ser comprado e vendido num determinado mercado foi descrito por Karl Marx como "mercadoria força de trabalho". Ele explicitava que o trabalho contém um elemento essencial de valor contido que é o trabalho e que o empregador que vende qualquer mercadoria, vende o valor-trabalho nele contido, mas apropria-se de uma parcela conhecida como mais-valia. Partindo da teoria do valor, exposta por David Ricardo, Marx postulou que o valor de um bem é determinado pela quantidade de trabalho socialmente necessário para sua produção. Segundo Marx, o lucro não se realiza por meio da troca de mercadorias, que se intercambiam geralmente por seu valor, mas sim em sua produção. Os trabalhadores não recebem o valor correspondente a seu trabalho, mas só o necessário para sua sobrevivência. O conceito da mais-valia, que está descrito abaixo pode ser resumido a diferença que existe entre o valor incorporado a um bem e a remuneração do trabalho que foi necessário para sua produção.

[4] Carlos GALVES. op. cit. pág. 103

Tal como Ricardo, Marx acreditava que o valor de troca dependia da quantidade de trabalho despendida; contudo, a quantidade de trabalho que entra no valor de troca é a quantidade socialmente necessária (quantidade que o trabalhador gasta em média na sociedade, e que, obviamente, varia).

Como é fácil depreender, em toda e qualquer das definições acima e da própria influência do pensamento marxista no Século XXIX, há uma discordância fundamental entre a empresa empregadora e o homem empregado que é o chamado conflito capital trabalho. Esta diferença classista tornou-se, paradoxalmente, um dos mais importantes pilares do capitalismo, ao mesmo tempo que é o seu maior desafio: a empresa empregadora quer o lucro para o seu acionista e o empregado quer sempre ganhar mais, seja na forma de salários, sejam benefícios indiretos. Não há nada de errado nesse conflito, ele apenas reflete a natureza humana, e a natureza do capitalismo. Historicamente, contudo, o que se observa é um certo pêndulo que o afasta do necessário equilíbrio das relações sociais: ora oscila em favor do capital, ora do trabalho.

Mais-Valia e o Marxismo: O que é a mais-valia segundo o seu autor

"Como nasce a mais-valia ? Não brota da circulação, mas antes se realiza nela. Os produtos são vendidos por seu valor, não por mais do que valem. O preço não excede o seu valor. E, entretanto, mesmo sendo vendido pelo que valem, o vendedor obtém uma mais-valia. Isto somente é possível por uma de duas razões: ou porque não foi pago o valor integral pelo qual vende o produto ou porque este encerra um elemento de valor não-pago pelo vendedor e não compensado por um equivalente. O vendedor vende o que não comprou: isto é o que ocorre com o trabalho agrícola. Para Turgot, este elemento constitui um elemento gracioso da natureza. Mas em seguida vamos ver que este dom gracioso se converte subrepticiamente em trabalho excedente vendido pelo trabalhador agrícola e não retribuído pelo latifundiário, que, entretanto, a vende ao vender os produtos da terra."

Karl MARX. *Teoria da Mais-Valia-Os Fisiocratas*, Global Editora, 1982.

No Brasil, contudo, além do conflito capital-trabalho, a relação trabalhista deve ser enfocada por um terceiro aspecto que também será abordado neste capítulo. Trata-se do *papel do Estado*, por meio dos encargos trabalhistas sobre os salários, já que uma parte de tais encargos, é apropriada por ele, Estado. Portanto, o tema assume igualmente uma nítida faceta fiscal e, do ponto de vista da Previdência, responde por um dos mais sérios problemas do Estado Brasileiro. Por outro lado, mesmo que possa estar claro que a redução dos encargos trabalhistas deve ser um dos primeiros passos para a reforma tributária mais ampla, além dos demais impostos agregam custo de transação, há um segundo aspecto igualmente importante: a *informalidade*.

Um dos principais impactos da atual legislação trabalhista é empurrar o trabalhador para a informalidade. Segundo dados mais recentes, a cada 10 empregos, 6 são informais, ou seja, são empregos não registrados. Nestes empregos informais, onde não incidem encargos sobre salários, não há qualquer proteção legal, eliminando importantes conquistas do trabalhador. [5] Numa primeira análise, a informalidade do emprego pode ser benéfica tanto ao empregador quanto ao empregado, mas é claro que tal informalidade custa caro ao país. Para se ter uma dimensão do custo da informalidade econômica, segundo estudos da Consultoria Mackinsey e do Instituto Etco, uma redução de 40% na informalidade do trabalho poderia elevar a taxa de crescimento do pais em até 3 pontos percentuais do PIB.[6] Isto porque o não-recolhimento dos encargos trabalhistas pode até representar certo "oxigênio" aos preços praticados, já que é uma economia de custos (estima-se uma vantagem de 20 até 40% sobre os preços praticados)[7] mas, por outro lado, derruba a produtividade, os investimentos e o desenvolvimento da economia. Quem tem apenas um trabalho temporário, por exemplo, vive na incerteza; não há crédito, há falta de planejamento mesmo do curto prazo, em outras palavras, a informalidade para o trabalhador é o

[5] Fonte: *"Mais eficiência com combate à informalidade."* O Estado de S. Paulo. 11-07-2004, pág. B-3.

[6] Em www.etco.org.br

[7] A estimativa é de www.dieese.org.br

limbo. No entanto, do ponto de vista da empresa, muitas vezes, dobrar o custo da folha de trabalho em razão dos encargos trabalhistas pode não ser uma opção factível. Simplesmente as pequenas e médias empresas não têm condições de arcar com tais custos. Os encargos trabalhistas neste sentido, são nocivos ao empregado, a quem se almeja proteger, e ao empregador, que não consegue arcar com tais custos.

Nem todos têm, contudo, a mesma percepção. Luiz Marinho, Presidente da Central Única dos Trabalhadores (CUT) afirmou que "essa conversa de redução de encargos trabalhistas é uma cantilena idiota. Tem coisas para fazer, mas não é a salvação da lavoura."[8] É uma visão completamente equivocada, além de tola, como se demonstrará aqui, pelo prisma de *Law & Economics*, exatamente porque reflete nos incentivos errados ao desenvolvimento., A leitura do agente econômico pode ser traduzida em mais ou menos a seguinte expressão: dado que a fiscalização pública é ineficiente e não há incentivos para cumprir as regras da legislação trabalhista, é mais interessante correr risco. Ou seja, é mais caro contratar e registrar e seguir a lei à não segui-la. Quem a segue, repassa aos custos, reduzindo, no entanto, a competitividade no mercado. Para o trabalhador, é melhor ter um emprego informal do que não ter emprego – mesmo porque é o Estado quem vai se apropriar das diferenças pagas pelo empregador sem que o empregado possa materialmente auferir qualquer benefício. (Mesmo a saúde pública, na forma de serviços do INSS está protegida constitucionalmente a qualquer cidadão).

Certo que Marinho pretende fortalecer o movimento sindical, o outro ator importante no presente contexto, que não se confunde nem com o trabalhador (que pretende representar) nem com o capitalista. Para ele, "os sindicalistas querem negociar primeiro uma reforma sindical que garanta a representatividade dos sindicatos e depois discutir os encargos trabalhistas. Para reduzir a informalidade no mercado de trabalho, o primeiro passo é trazer as empresas para a legalidade. Quem

[8] Fonte: *"Mais eficiência com combate à informalidade."* O Estado de S. Paulo. 11-07-2004, pág. B-3. Idem, ibidem.

não recolhe impostos não registra empregados." É impossível considerar a questão do trabalho e da informalidade sem colocar a legislação trabalhista como o centro das mudanças. Aqui, o Direito é visto com o principal incentivo (ou desincentivo) a contratar ou a não-registrar. Tome-se, por exemplo, salários em qualquer folha de pagamento. Para um salário de R$ 100,00, o empregador paga, além do salário nominal, quase o mesmo valor em encargos na forma de tributos ou depósitos.

Observada pontualmente essa questão, por exemplo, José Pastore[9] estabelece as componentes do "custo do trabalho" no Brasil, conceito que compreende os salários, indenizações e encargos sociais devidos pelas empresas. Com relação aos últimos, uma unidade fabril do setor industrial chegaria a um custo total de 101,99% por empregado registrado, considerando-se todos os momentos da relação de trabalho considerada (contratação, remuneração e rescisão):

Grupo A

COMPONENTES DOS ENCARGOS	**INCIDÊNCIA (%)**
Previdência Social	20,0
Acidentes do Trabalho	2,0
FGTS	8,0
Salário-Educação	2,5
Incra	0,2
SESI	1,5
SENAI	1,0
SEBRAE	0,6
Subtotal	35,8

[9] *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr. 1994, pp.135 e ss.

COMPONENTES DOS ENCARGOS	INCIDÊNCIA (%)
Repouso Semanal	18,91
Férias	9,45
Abono de Férias	3,64
Feriados	4,36
Auxílio-doença	0,55
Aviso Prévio	1,32
Subtotal	38,23

Grupo C

COMPONENTES DOS ENCARGOS	INCIDÊNCIA (%)
13º Salário	10,91
Rescisão contratual	2,57
Subtotal	13,48

Grupo D

COMPONENTES DOS ENCARGOS	INCIDÊNCIA (%)
Incidência do FGTS sobre 13º Salário	0,87
Incidência cumulativa Grupo A/B	13,61
Subtotal	14,48
Total	101,99

Adriano Batista Dias[10] ilustra a percepção do sistema: "o viés que os encargos sociais e trabalhistas representam contra o trabalho, encarecendo-o e fazendo-o arcar, do ponto de vista econômico, com os supostos benefícios, mesmo os conseguidos através de árduas lutas sindicais, pode ser reduzido se parte dos direitos e vantagens sociais e trabalhistas têm mudada a fonte de financiamento, passando-a dos encargos que incidem sobre a folha de pagamento para uma fonte cuja incidência econômica última seja não enviesada contra o trabalho.

[10] Adriano B. DIAS. *Custos de produção e direitos trabalhistas*. Diponível on-line em http://www. Fundaj.gov.br

Um simples demonstrativo, como acima indicado, revela que é melhor manter o empregado na informalidade (e arcar com os riscos de uma fiscalização) do que onerar os seus custos produtivos e operacionais. O incentivo à informalidade é tão intenso entre as pequenas e médias empresas, que quase 98% das empresas brasileiras em númerooptam por permanecer na informalidade – e, assim, conseguir sobreviver num mercado cada vez mais difícil.[11]

Por exemplo, a contribuição patronal ao INSS, a seguridade social, atualmente incidente à alíquota de 20% sobre salários. Por ser uma contribuição obrigatória a todos, ela onera com mais vigor as empresas com mão de obra intensiva, setores nos quais a folha de pagamentos representa uma maior parcela dos custos ou insumos do produto final. Ora, tais indústrias de mão-de-obra intensiva, em geral, operam com baixa tecnologia, ou seja, a maior parte das médias empresas. A seguridade social acaba, assim, exercendo um papel perverso de afastar o trabalhador de seu emprego, ao invés de protegê-lo.

Um segundo aspecto que merece ser levado em consideração é o caráter universal de nossa legislação. Ao mesmo tempo em que se espera a aplicação da lei nas grandes metrópoles e nas minúsculas cidades do interior, desprezando as imensas disparidades regionais entre elas, nosso sistema ignora as particularidades de cada indústria e de cada setor da economia. Assim, um trabalhador da construção civil – para usar o exemplo de Edward Amadeo[12], é tratado da mesma forma que um trabalhador da indústria siderúrgica, apesar de terem perfis completamente diferentes pela natureza fabril de cada uma destas atividades.

[11] Ver *Governo deve rever para cima previsão para criação de empregos formais*. In Valor Econômico. 02/07/2004; e de Armando Castelar PINHEIRO, *Informalidade: maior e pior do que parece*. In Valor Econômico. 23/07/2004.
[12] Cf. artigo transcrito no final do presente capítulo.

À guisa de introdução, os gráficos a seguir apresentados trazem algumas imortantes informações sobre o mercado de trabalho e justificam a abordagem do tema que estamos a tratar no presente item:

a) População Brasileira X População Economicamente Ativa

Fonte: para população residente:
h*ttp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_Projecoes_Populacao/Estimativas_1980_2010/Estimativas_e_taxas_1980_2010.zip*, extraído em 13/04/2004.
Para população economicamente ativa: microdados da Pequisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do

Ano	**População residente x 1000 (1)**	**PEA x 1000 (2)**
1990	147.594	64.500
1991	149.926	...
1992	152.227	72.959
1993	154.513	73.986
1994	156.775	...
1995	159.016	77.394
1996	161.247	76.420
1997	163.471	78.750
1998	165.688	81.140
1999	167.910	83.043
2000	170.143	77.467
2001	172.386	84.726
2002	174.633	87.542

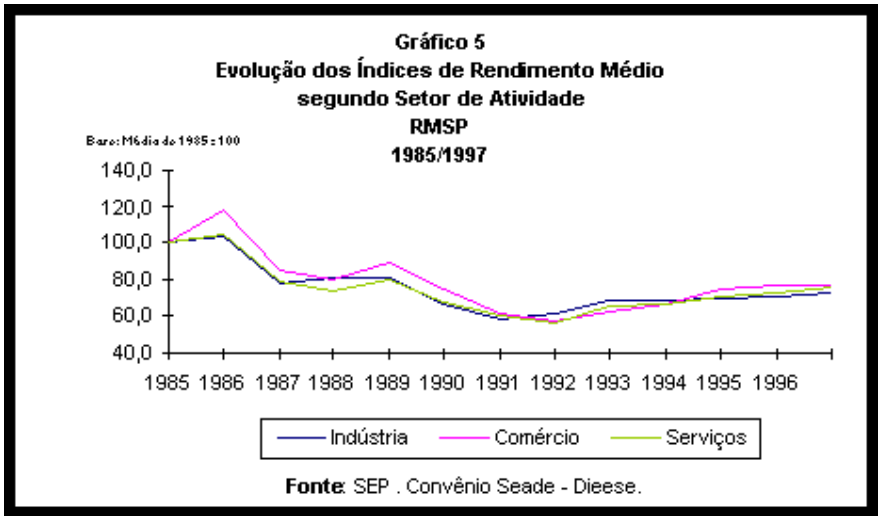
Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); D-ROM, World Bank.
Elaboração: Coordenação-Geral de Indicadores - Ministério da Ciência e Tecnologia.
Notas: (1) os valores foram corrigidos pela projeção da população do IBGE para 1º de julho;
(2) exclusive a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá.

b) Trabalhadores com registro em carteira

Período (Anual/mês 12)	**População empregada – setor privado –RMs – com registro (%)**	**População empregada – setor privado – RMs – sem registro (%)**
2001	60.4	23.7
2002	62.0	21.6
2003	59.5	24.6

Fonte: IPEA

c) Índice de rendimento médio anual no setor privado por setor da economia



d) Custo da Mão-de-Obra no Brasil e no Mundo

PAÍS	PAGTO POR HORA
Noruega	21.50
Alemanha	21.30
Suécia	20.93
Suíça	20.66
Finlândia	20.59
Bélgica	18.89
Dinamarca	18.74
Holanda	18.60
Áustria	16.92
Itália	16.29
Canadá	15.94
França	15.25
Estados Unidos	14.83
Austrália	12.98
Japão	12.84
Grã-Bretanha	12.42
Espanha	11.60
Irlanda	11.44
Nova Zelândia	8.33
Coréia	4.16
Taiwan	3.98
Cingapura	3.78
Portugal	3.57
Hong Kong	3.20

Brasil	**2.79**
México	1.85

Fonte: Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e convênios regionais/
PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego
Elaboração: DIEESE

e) Jornada Semanal de Trabalho *(Limite de Horas trabalhadas)*

PAÍS	**HORAS**
Dinamarca	31.80
Espanha	36.70
Austrália	38.10
Canadá	38.20
França	38.70
Israel	38.90
Alemanha	9.50
Estados Unidos	40.80
Japão	40.80
Grã-Bretanha	41.60
Brasil	44.00
Chile	44.90
Coréia	49.80

Fonte: Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e convênios regionais/
PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego
Elaboração: DIEESE

f) Taxas de Desemprego – Grande São Paulo

ANO	**TOTAL (%)**	**ABERTO(%)**	**OCULTO (%)**
1998	18,2	11,7	6,5
1999	19,3	12,1	7,2
2000	17,6	11,0	6,6
2001	17,6	11,3	6,3
2002	19,0	12,1	6,9
2003	19,9	12,8	7,1
2004/jan	19,1	11,9	7,2
2004/fev	19,8	12,6	7,2
2004/mar	20,6	13,3	7,3
2004/abr	20,7	13,2	7,5
2004/jun	19,7	12,3	7,4
2004/jul	19,1	11,8	7,3

Fonte: Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e convênios regionais/

13.2 A evolução do Direito do Trabalho: A Era Vargas

A Constituição, como vimos, é a norma jurídica fundamental que contém todos os valores considerados pela nação como sendo elementares à sociedade. Claro, o trabalho foi um dos valores sempre consagrados como um dos mais importantes para a vida social, tanto por ser o principal fator de produção (sem o qual os outros não existem, como já afirmamos) mas também por ser um elemento de coesão social. No entanto, foi a história que moldou tal concepção. Para entender melhor os princípios que norteiam o nosso sistema atual, é preciso revisitar um pouco a história e entender a evolução do Direito de Trabalho, sob a inspiração de Getúlio Vargas.

Com a alegação de que, diante da crise mundial provocada pelo *Crash* de 1929, era necessário a continuidade de sua política econômica, a candidatura Júlio Prestes, apoiada pelo então Presidente Washington Luís, provocou a ruptura do sistema oligárquico de então.[13] Surgiu contra São Paulo a Aliança Liberal, que recusou a contagem dos votos e a pretensa vitória do candidato paulista. Apoiados pelo Movimento Tenentista, uma Junta Militar comandada pelos Generais Augusto Tasso Fragoso e João de Deus Mena Barreto, além do Contra Almirante José Isaias de Noronha, depuseram o Presidente Washington Luís, poucos dias antes do término do mandato e com isso, ascendeu ao Governo, Getúlio Vargas, em 24 de Outubro de 1930. "Não era apenas o presidente que mudava, mas uma era, um país. O primeiro decreto anunciou que o governo seria uma ditadura."[14]

Revoltosos e vitoriosos, Getúlio Vargas passou a sofrer todas as pressões e compromissos que o levaram ao poder. São Paulo, desgostoso de ter sido excluído

[13] Para melhor entender a política café-com-leite, vide de Thomas SKIDMORE. *De Getúlio à castello.*.
[14] Hernani DONATO. *Brasil. 5 Séculos.* Academia Lusíada de Ciências, Letras e Artes. pág. 350.

do governo e desejando um "civil e um paulista" no Estado, tentou um contra-golpe na Revolta, em 1932, para exigir uma Assembléia Constituinte.[15] Sem munição ou treinamento, o General Góis Monteiro teve relativa facilidade ao esmagar a revolta e retirar, do Palácio dos Campos Elíseos, o Governador Pedro de Toledo. Abria-se, assim, a possibilidade de adesões políticas a fim de estabelecer uma série de direitos sociais do trabalho que inspirados pela Constituição de 1891, dariam muito mais poder ao Estado e ao Chefe de Governo.

A origem desses direitos sociais é de 1934, onde pela primeira vez, incluiu-se um capítulo denominado "ordem econômica e social" e é lá que o trabalho aparece, pela primeira vez, com um importante valor da sociedade. Pela primeira vez também, aparece a organização do trabalho e do trabalhador.[16] Paradoxalmente, no entanto, a Carta de 1934 tinha duas vertentes de inspiração: o corporativismo e o pluralismo sindical. Conforme explica Amauri Mascaro Nascimento[17], "o corporativismo está expresso na organização do Poder Legislativo, com a presença, no processo de elaboração legislativa, ao lado da representação política, da representação profissional e econômica, de modo a acrescentar na Câmara dos Deputados, além dos representantes eleitos por sufrágio universal, os deputados classistas, representando as forças produtivas, o capital e o trabalho." Já a vertente do pluralismo sindical está no fato de pela primeira vez, o reconhecimento dos sindicatos e das negociações profissionais que foram erigidos a condição de política de estado.

Sem dúvida, o pioneirismo cabe à Constituição de 1934 que acabou por introduzir importantes mudanças em matéria trabalhista no Brasil, tais como a indenização e o

---

[15] A liderança política unia-se ao movimento de oposição por desejo de vingança contra os "revolucionários" que haviam impedido a posse de Júlio Prestes, o porta-estandarte do PRP. Eles enfatizavam a "invasão"de São Paulo por "forasteiros"apelando assim para o forte orgulho regionalista compartilhado pela classe média e pelos políticos da velha guarda."Thomas SKIDMORE. *Brasil: De Getúlio à Castelo*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1985, pág. 35.

[16] Sobre a perspectiva histórica do tema no Brasil, ver importante trabalho de Antonio Ferreira CESARINO JR. *Direito social brasileiro*. 6ª edição ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva 1970. pp.79 e ss

[17]. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1991, 2ed. pág. 8

princípio da regulamentação do exercício da profissão. Temas como isonomia salarial, jornada de trabalho, proibição de trabalho noturno para menores de 18 anos e mulheres, foram algumas das novidades introduzidas por Vargas.

Warren Dean, que estudou a industrialização de São Paulo, descreveu um cenário sombrio do ambiente de trabalho nas fábricas que nasciam. Mal iluminadas, mal ventiladas, muitas nem tinham sanitários; metade dos trabalhadores tinha menos de 18 anos de idade e muitos deles menos do que 14; o salário médio pago nos primórdios da industrialização era pífio. "Getúlio era sensível a respeito desse traço arcaico da economia brasileira e tinha um real desejo de mudança. Ele amadureceu politicamente no Rio Grande do Sul, Estado em que um caudilho, Júlio de Castilhos, editou algumas das primeiras normas trabalhista do páis, ainda no século XIX." [18]

Sedimentado no poder e tendo esmagado a oposição, Vargas abriu caminho para se perpetuar no poder, num regime autoritário respaldado pelo Exército. A Constituição de 1937, também promulgada por Vargas, ia, no bojo do Estado Novo, as relações de trabalho para a política. Segundo explica Amauri Mascaro Nascimento, foram os "princípios intervencionistas que o assinalaram, foi altamente restritiva para as relações coletivas de trabalho, não só quanto à concepção de greve, mas como à de organização social."[19]

Se a greve, na Constituição de 1937, é vista como anti-social, a organização social é trazida para o assistencialismo puro e simples. O sindicato único, somente o sindicato reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal da categoria passou a ser financiado por uma contribuição sindical compulsória, uma imposição estatal.[20] Contudo, do ponto de vista do trabalhador, as principais conquistas na

[18] Antenor NASCIMENTO. *A herança ficou pesada.* Exame, 18/08/2004, pág. 26

[19] Idem, ibidem, pág. 9

[20] O artigo 138 da Carta de 1937 previa: *"A associação profissional é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi*

Constituição de 1937, foram o repouso semanal remunerado, a licença remunerada após um ano de serviço, a indenização quando a lei não garantir a estabilidade, o princípio legal da sucessão trabalhista e finalmente, o salário mínimo.

Como todo regime autoritário precisa se legitimar em apoio, o Estado Novo, com o fim da II Guerra Mundial, não conseguiu impedir a redemocratização em marcha. Mais do que deposto pela oposição, Vargas foi obrigado a encerrar o Estado Novo por força do Alto Comando do Exército, que em 1945, elevou o General Eurico Gaspar Dutra à presidência.[21]

Quando veio a Constituição de 1946, com o fim do Estado Novo, mesmo tendo resgatado a livre associação sindical (porém, remetendo à lei ordinária a sua regulamentação) optou-se por manter a estrutura sindical e trabalhista de 1937. A grande transformação não foi legal, mas estrutural: a Justiça do Trabalho, então vinculada ao Poder Executivo, passa a fazer parte do Poder Judiciário numa duplicação das instâncias cíveis e criminais: a primeira instância com as Juntas de Conciliação e Julgamento, a segunda, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) e a última instância, o Superior Tribunal do Trabalho (TST). Até hoje essa estrutura é vigente.

As Constituições de 1967 e 1969, apesar de terem sido promulgadas no período do regime militar, não alteraram substancialmente as normas de direito coletivo e individual estabelecidas por Vargas, exceto no que tange às greves, proibidas para o serviço público e demais atividades essenciais, sujeitas à apreciação pelo TST quanto à sua legalidade. Outra exceção foi a integração do trabalhador à empresa por meio da participação nos lucros e na gestão e a completa estatização do FGTS, que muitas vezes ainda seria usado para finalidades diversas do Estado além daquela para a qual foi criada.

---

constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público."

[21] Thomas SKIDMORE. op. cit. pág. 78

A Carta de 1988 veio resgatar o sistema sindicalista e corporativista, mas ainda de forma a manter os princípios da Era Vargas. Para Oliveira Viana, a estrutura criada por Vargas provou que o "propósito que inspirou foi a Constituição de um sistema gravitando em torno do Ministério do Trabalho, vivendo à sua sombra, dependendo da burocracia oficial, servil aos interesses do Estado" havia sido cumprido. [22]

No entanto, se por um lado os debates constitucionais permitiram grandes avanços na seara das liberdades, por outro, não seria desonerada a estrutura criada por Vargas, nem a modernização das estruturas sindicais. Primeiro, por conta da contribuição sindical, que implica a manutenção de um elo inquebrável entre o Estado e os Sindicalistas. Depois, pela obrigatoriedade do voto nas eleições sindicais e pela estrutura federativa dos sindicatos.

A Constituição de 1988, por sua vez, é rica em preceitos programáticos: aqueles que indicam o caminho que o Estado deve seguir no futuro, sem se conhecer contudo, como se poderá chegar lá. Por exemplo, nessa matéria, nossa carta é pródiga. Expressões como "valorização do trabalho como condição de dignidade humana", a "harmonização e solidariedade entre as categorias sociais de produção" ou a "expansão das oportunidade de emprego produtivo" recheiam o texto constitucional de intenções. Ë claro que elas passaram a compor a estrutura da Constituição sem que se soubesse, exatamente, como poderiam ser concretizadas.

A próxima secção cuida das principais linhas e dos princípios norteadores desse sistema inaugurado por Vargas e, até hoje, vigente em nosso sistema.[23]

---

[22] Oliveira VIANA. *Problemas de Direito Corporativo. São Paulo: LTr. 1996*

[23] Ver parnorama sobre legado da Era Vargas no no Brasil em *A Desconstrução de Getúlio*. Folha de São Paulo. Especial A1, 22 de Agosto de 2004. O tema se apresenta extremamente controvertido, especialmente por se referir a diversas concepções de história política e história econômica entre os autores brasileiros.

13.3 Principais linhas e princípios constitucionais do Direito do Trabalho:

O Trabalho é um Direito – do ponto de vista Constitucional, mas também só pode existir se presentes algumas pré-condições econômicas. O Professor Amauri Mascaro Nascimento melhor explicita o conceito de poder-direito do Trabalho: "O direito ao trabalho leva também à verificação de que o homem, sozinho, não conseguiu produzir tudo de que necessitava para viver. A sociedade como um todo, sim, é capaz desta produção. Como cada um se beneficia do esforço conjunto da sociedade, o trabalho é um direito, mas é também um modo pelo qual é possível cada membro útil da sociedade dar a sua contribuição para o todo, somando-se às atividades dos demais, sendo este a razão pela qual o trabalho, de direito é também um dever, um dever social. Todos devem trabalhar para viver do seu trabalho e todos têm o dever de trabalhar para justificar a retribuição que recebem da sociedade na satisfação das necessidades comuns, pertencentes a todos e a cada um de seus membros da sociedade." [24]

O sistema legal prevê uma tratamento ao trabalhador empregado e um outro ao desempregado. No que concerne ao **empregado** existe um extenso rol no artigo 6º da Carta de 1988, de cerca 34 direitos assinalados, como se verá adiante.

Ao **desempregado**, tem proteção dada pela Lei nº 4.923 de 23 de dezembro de 1965, que criou o auxílio desemprego, cujos recursos são oriundos do Fundo de Assistência ao Desempregado, formado por contribuição da empresa e da União Federal. A Constituição de 1988 também indica o desempregado no rol do artigo 201, IV, que estabelece a previsão de que os planos de previdência social "mediante contribuição" devem atender e dispensar proteção"ao trabalhador em situação de desemprego involuntário".

[24] Amauri Mascaro NASCIMENTO. op cit. pág. 37

É possível se falar em três conceitos de desemprego: o *aberto* (pessoas que procuraram trabalho de maneira efetiva nos últimos 30 dias, nem exerceram nenhum trabalho nos últimos sete dias); *desemprego oculto pelo trabalho precário* (pessoas que realizam de forma irregular alguma espécie de trabalho remunerado) e *desemprego oculto pelo desalento* (pessoas que não possuem trabalho, nem procuraram nos últimos 30 dias, mas apresentaram procura efetiva de trabalho nos últimos 12 meses.)[25]

No que concerne ao tratamento dispensado ao trabalhador, o nosso direito positivo prevê regimes de trabalho público e privado. O trabalho privado é aquele prestado à pessoa de direito privado. Da população economicamente ativa, há os trabalhadores não-empregados (como por exemplo, as profissões liberais) cuja situação é dada pelas leis esparsas (como por exemplo, o Estatuto do Advogado e da OAB) ou os autônomos. Já os trabalhadores-empregados se enquadram ou na categoria de *celetistas* (estão compreendido no regime da CLT) ou como os trabalhadores rurais, cuja disciplina legal se dá pelo Estatuto do Trabalhador Rural e demais disposições. Já o regime público de trabalha se divide em várias categorias, tais como a dos servidores públicos da administração direta e os funcionários públicos autárquicos, da administração indireta. [26]

Em relação à informalidade é possível fazer uma distinção formal entre *sub-empregados* e *empregados sem carteira*; aqueles trabalham em condições precárias e muitas vezes de forma não habitual, o que se conhece, popularmente, como "bicos"; os empregados não-registrados, por sua vez, são aqueles que não possuem qualquer vínculo trabalhista. Do ponto de vista formal, eles não existem para o direito, até que o Poder Judiciário Trabalhista reconheça o vínculo empregatício.

---

[25] Jean Pierre MARRAS. op. cit. Pág. 34

[26] Maria Syvlia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 4 ed. pág. 352 define: *"servidor público é expressão empregada ora em sentido amplo para designar todas as pessoas físicas que prestam serviço e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício; ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviço às entidades com personalidade jurídica de direito privado*"

O Servidor Público

Há quatro princípios constitucionais que regem os servidores públicos e duas características especiais que vamos aqui descrever: a estabilidade e a aposentadoria do servidor público. Os quatros princípios são:
* Alcance
* Regime Jurídico Único
* Isonomia de Vencimentos
* Condição de ingresso[27]

O primeiro princípio diz respeito ao alcance do regime que pretende proteger. Todos são iguais perante a Lei, sem distinção. O princípio da igualdade legal, descrito no art. 5º da Carta, trata da igualdade formal perante o Estado e impõe o alcance universal do sistema. Já o segundo princípio, o regime jurídico único está estabelecido no art. 39º da Carta e é norma cogente para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Na esfera federal é a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quem estabeleceu o regime único a todos os servidores federais. Isonomia de vencimentos, o terceiro princípio constitucional decorre do mesmo art. 39, no seu primeiro parágrafo, que determina que a lei deve assegurar aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelheadas do mesmo poder ou entre servidores dos três poderes, do Executivo, Legislativo ou Judiciário, desde que ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho. O art. 40, parágrafo 4º, assegura a isonomia de vencimentos também em relação aos inativos. Finalmente, o art. 37, inciso II, define que a condição de ingresso será por meio de concurso público visando garantir transparência e lisura na contratação de servidores.

As características mais especiais que revestem o regime trabalhista do servidor público são:

Estabilidade

"Estabilidade é a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de exercício, ao serviço nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. Prevista no art. 41 da Constituição a estabilidade somente beneficiará o funcionário público, ou seja, aquele investido em cargo." [28]

Aposentadoria

"Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou tempo de serviço público pelo número de anos fixado em lei. Sob ponto de vista formal, aposentadoria é o ato pelo qual a Administração Pública concede este direito ao servidor público. (...) Quanto ao servidor público, a aposentadoria pode ter caráter previdenciário e pode constituir-se em direito decorrente do exercício da função pública, financiado inteiramente pelo Estado. A primeira hipótese tem sido adotada para os servidores contratados sob regime da legislação trabalhista, em consonância com a Lei Orgânica da Previdência Social. A segunda hipótese é aplicável ao servidor sob regime estatutário; para este, a aposentadoria não depende de qualquer contribuição; as importâncias que recolhe mensalmente ao órgão previdenciário destinam-se ao atendimento dos encargos da assistência médica e da pensão mensal, devidas aos beneficiários

[27] Idem, ibidem. p. 253 e ss.
[28] Idem, ibidem. pág. 377

do contribuinte, após o seu falecimento."[29] É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos , exceto quando houver compatibilidade de horários e nos casos explícitos de professor, médico, técnico ou cientista, definidos no art. 37, XVI.

Finalmente, o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar (art. 37, VI e VII) porém sendo livre o direito à associação do servidor público na defesa de seus interesses.

Pode-se conceituar o trabalho em duas vertentes diferentes: por um conceito restrito, aquele que contém e define o seu caráter contratual. Mesmo que tenha natureza especial, por ser objeto de obrigações recíprocas, já que o trabalhador se compromete no contrato de trabalho a executar o seu próprio objeto, nesta visão mais restritiva, a relação de emprego está baseada essencialmente num contrato de trabalho e naquilo que lá está estabelecido (e desde que não conflite com a Lei).[30]

Num caráter mais amplo, por outro lado, não se pode tomar o trabalho apenas como fruto de um contrato, mas como qualquer relação humana na qual haja o exercício de atividades econômicas subordinadas. Por exemplo, o trabalho independente, nessa visão, não advém da execução de um contrato, mas de uma relação mais ampla, na qual o esforço humano é a variável a determinar a produção de riquezas, bens e serviços.[31]

Há uma segunda definição de trabalho como sendo relação de subordinação não eventual, e que tenha natureza típica ou atípica. Tanto o conceito de subordinação quanto o de tipicidade surgem em função da finalidade da empresa e dependem do seu uso. De toda sorte, pode-se dizer que a relação de trabalho é aquela onde qualquer "pessoa física preste serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário" e que trabalho eventual é "aquele que é prestado em sua atividade, mas ocasionalmente." [32]

---

[29] Idem, ibidem. pág. 373.

[30] Manuel Alonso OLEA. *Introdução Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Sulina, 1969, pág. 177

[31] Guillermo CABANELLAS. *Compendio de Derecho Laboral.* Buenos Aires: Ometo, 1968. §53 e ss. e § 286; idem. *El Derecho eel Trabajo y sus contractos*. Buenos Aires: Ed.Mundo Atlântico.1945. pp.10 e ss.

[32] Idem, *Compendio de Derecho Laboral.* §53 e ss.

A disciplina do trabalho na Constituição é o que passaremos a discutir agora. Primeiro, quais são as regras gerais previstas na Carta de 1988 sobre o trabalho ? É, por um lado, valor supremo da liberdade, mas também uma garantia de uma existência digna.

Primeiro, o trabalho é classificado como um direito social. Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000 o artigo 6º celebra que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." E logo adiante, lista num elenco que não pretende ser exaustivo (pois ainda prevê que possam existir outros que visem à melhoria da condição social de trabalhadores urbanos e rurais) lista quais são estes direitos "na forma" da Constituição:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
III - fundo de garantia do tempo de serviço;
IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; [33]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

---

[33] Com Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998

XXIV - aposentadoria;
XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;
XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; [34]
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; [35]
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

E como se não bastasse o rol descrito de 34 direitos, distinguem-se os trabalhadores domésticos dos demais, pelo parágrafo único, assegurando àqueles apenas direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

[34] Com Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000:
[35] Com Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998

Completando os direitos sociais, está o direito à livre a associação profissional ou sindical, previsto no art. 8º da Constituição de 1988, desde que sejam observados para a fundação de sindicato, o registro no órgão competente, mas estando vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical. No entanto, em matéria sindical, foi vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, (definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município).

Richard Posner[36] entende que há uma relação de monopólio quando um só sindicato representa uma categoria profissional inteira. Para ele deveria haver liberdade de escolha até para se evitar problemas típicos da concentração. Por outro lado, é inegável que um só sindicato possa ter mais poder de barganha para negociar dissídios e na defesa de sua categoria.

O papel do sindicato é igualmente claro: cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Os mecanismos de financiamento da atividade sindical se darão por contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, além da contribuição prevista em lei.

A liberdade de associação vai além, ao celebrar que

> "Art. 8º - V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato"

Porém, a liberdade sindical do art. 8º V, opõe-se ao que está disposto adiante, em especial sobre a participação do sindicato frente ao empregador:

> "VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho"

[36] *Economic Analysis of Law*. Boston-Toronto-London: Little Brown &Co. 1992. pp.321 e ss.

Numa análise crítica da estrutura sindical brasileira, Almir Pazzianoto elucida: "Sessenta anos e quatro constituições depois, a organização sindical permanece praticamente a mesma, resistindo ao tempo e às mudanças, prestigiando o princípio do unicidade de representação da mesma categoria profissional ou econômica, na base territorial, a cobrança de contribuições compulsórias, a estrutura confederativa verticalizada, a solução judicial dos conflitos." [37]

Outro assunto historicamente polêmico é o *direito de greve*, assegurado pelo art. 9º "competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender". A exceção vem no parágrafo 1º do mesmo artigo que disciplina que a "a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade."

A greve é um típico instrumento negocial de pressão. Trata-se, curiosamente, de um direito que já foi um crime. No início do século, a greve era considerada com uma afronta ao direito patrimonial. Claro, a história e os regimes democráticos evoluíram no sentido de permitir que a greve se tornasse um legítimo instrumento do trabalhador.[38] É pela greve que o trabalhador manifesta o seu descontentamento e é pela greve que pode pressionar e chegar, em suas reivindicações, à obtenção deum salário maior ou melhores condições de trabalho. Contudo, o direito sindical também evoluiu e hoje, a greve deve ser considerada como um último recurso da negociação.

---

[37] Almir PAZZIANOTTO Pinto. *Substituição processual e "Custo Brasil"*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. n. 24, 2004. pág. 49

[38] Assim por exemplo, interessante é a história observada no direito norte-americano. No final do século XIX, as cortes consideravam as atividades concertadas praticadas pelos trabalhadores, tais como a greve, o piquete e as recusas de negociação, como hipóteses de crime de conspiração. Em outros casos, reporta Douglas LESLIE (*Labor Law*. 4th edition. St.Paul: West Publishing Co. 2000. pág.4), as cortes passaram a atribuir a responsabilidade civil às greves e não mais criminal, buscando controlar a atividade sindical nos Estados Unidos. Somente em 1935 é que o Congresso norte-americano editaria a importante *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*), que se tornou marco do sindicalismo moderno por sua preocupação institucional voltada para as políticas públicas, e que foi seguida pela *Taft-Hartley Act* de 1943. Esta disciplina os acordos coletivos e sua execução nas cortes federais, bem como estabelece regras sobre indenizações a serem pagas para terceiros e cidadãos prejudicados por boicotes e greves. Em 1959, finalmente, é promulgada a *Landrum-Griffin Act*, que passa a regulamentar a formação institucional dos sindicatos nos Estados Unidos, trazendo uma série de regras de responsabilização pelos abusos cometidos pelos trabalhadores que se encontrem em estado de greve.

Quanto à participação dos trabalhadores e empregadores, o artigo 11 da Constituição de 1988 define que nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.[39] A participação dos empregados no lucro das empresas é um claro incentivo à produtividade. Como se sabe, há uma diferença entre comprometimento e envolvimento. O incentivo ao empregado é quanto ao comprometimento: se maior for seu empenho para gerar os resultados pretendidos, maior será a sua recompensa. A idéia premial da participação nos lucros nasceu do modelo de gestão oriental e é um sucesso em todo o mundo.[40]

Finalmente, as normas de direito trabalhista e garantias fundamentais dadas pela Constituição podem ter efeito imediato e parte do inicio da vigência da própria carta, enquanto outros dispositivos necessitam de complementação. Como alguns dos assuntos listados no art. 6º, pedem leis complementares ou ordinárias, há de se concluir que não pode haver aplicação imediata de regras e obrigações que dependem de nova produção legislativa. A participação nos lucros, o aviso prévio proporcional e alguns outros assuntos ainda esperam definição legal, até hoje não emanadas pelo Congresso.

O que é a Seguridade Social ?

"A Constituição definiu Seguridade Social desta forma: o conjunto integrado de ações, de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, com a finalidade de assegurar os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social." A seguridade social assim conceituada foi cogitada no texto constitucional como mecanismo de integração; não mais do que isso; como mecanismo de integração de três disciplinas substanciais: a disciplina relativa à saúde, a disciplina relativa à previdência e a disciplina relativa à assistência social. (....) mas em que sentido a seguridade social é um fator de integração ? Primeiramente, sobre o aspecto econômico, porque a seguridade social

[39] *"Art. 11 - Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores"*

[40] Com a edição da Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2001, que trata da participação do trabalhador nos lucros e resultados da empresa, o legislador brasileiro abrir espaço para a divulgação de um instrumento de integração entre o capital e trabalho e de incentivo à produtividade. Salienta, ainda, a possibilidade de negociação entre a empresa e seus empregados e, inclusive, recurso à mediação para solução de conflitos decorrente dessa disciplina em especial.

traz várias fontes de receita. Em segundo lugar, terá as fontes orçamentárias da União, dos Estados e dos Municípios. Em terceiro lugar, vai ter as fontes resultantes das contribuições de empregadores e de empregados. Em quarto lugar, ela vai poder beneficiar-se de uma nova forma de tributo, que eventualmente o legislador resolveu criar, com fundamento no art. 160 da Constituição. (...) os três princípios básicos da seguridade social vão ser os seguintes: primeiro, **universalidade subjetiva e objetiva**. (...) significa que a seguridade não se aplica apenas aos trabalhadores como era do feitio da previdência social. A seguridade é universal, aplicando-se a toda a população. Além disso, a universalidade é também objetiva, porque a seguridade social não fica limitada, como a previdência social, à configuração de contingência. A previdência social concede prestações ao segurado quando este, confrontado com contingências sociais, sofre a eliminação ou a diminuição do respectivo rendimento. Em tais hipóteses, a previdência social o socorre com a concessão de uma prestação. Pois bem, a seguridade social é objetivamente universal no sentido de que, em princípio ela não fica sujeita à configuração de contingência. Ela deve ser prodigalizada simplesmente em face do estado de necessidade. Este, então, é o princípio básico da seguridade social. O segundo princípio importante da seguridade social é a **pluralidade de receitas**. A primeira fonte de receita será a dos orçamentos dos entes públicos. A segunda fonte será, como já se disse, das contribuições tanto de empregadores quanto de empregados. E a terceira será aquela resultante de eventual atuação do art. 160 da Constituição. O terceiro princípio básico da seguridade social é o da sua **composição democrática**, em decorrência do que todos os órgãos de gestão da seguridade social, deverão estar presentes: haverá representantes não apenas do Estado, mas representantes também dos empregadores, dos trabalhadores e dos aposentados."

Octávio Bueno MAGANO. *A seguridade social.* In: A Constituição Brasileira 1988 : Interpretações. São Paulo : Forense Universitária, 1988.

A crise da seguridade social segundo o Governo

(Disponível em www.mps.gov.br)

O sistema previdenciário dos servidores públicos está profundamente desequilibrado, em razão de regras inadequadas de acesso à aposentadoria e cálculo dos benefícios. O conjunto de mudanças do sistema previdenciário que propomos busca reverter o crescimento desse grave desequilíbrio e garantir que as aposentadorias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios continue a ser honrada.

A mudança de regras tem como objetivo fazer com que os trabalhadores do setor público recebam benefícios equivalentes ao seu esforço contributivo, como já ocorre no INSS. Temos convicção de que os servidores não são os responsáveis pelo desequilíbrio nas contas do sistema previdenciário. Os funcionários públicos são essenciais à estrutura do Estado e vêm cumprindo sua missão profissional com dedicaçãoMas o fato é que as regras estabelecidas anteriormente na previdência dos servidores não garantem equilíbrio entre as contribuições e os benefícios pagos. Precisamos alterar essas regras com urgência, preservando os direitos já adquiridos. Quem já cumpriu os requisitos atuais para suas aposentadorias poderá exercer seu direito a qualquer momento, mesmo depois de aprovada a reforma, com base nas regras atualmente em vigor

A nova Previdência

:: Atuais Servidores Ativos

Como era	**Como fica** (segundo texto da Emenda Constitucional nº 41)
CRITÉRIO PARA APOSENTADORIA Os servidores ingressos antes de 16/12/1998 podem se aposentar ao completar 53 anos de idade e 35 anos de contribuição (mais pedágio de 20% sobre o tempo que faltava naquela data para completar o tempo de contribuição), se homem, e aos 48 anos de idade e 30 anos de contribuição (mais pedágio), se mulher. Em ambos os casos, é necessário ter cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria	Mantém a possibilidade desses servidores se aposentarem com essa idade. Porém, será aplicado redutor de 5% por ano antecipado em relação à idade de referência (60 anos, homens, e 55 anos, mulheres) e o cálculo de benefício será feito pela média das contribuições, como já ocorre no Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS. Os servidores que atingirem o direito à aposentadoria nos anos de 2004 e 2005 terão esse redutor diminuído para 3,5% para cada ano de antecipação
TETO PARA SUPERAPOSENTADORIAS A Constituição estabelece como teto a maior remuneração do ministro do Supremo Tribunal Federal definida em lei conjunta dos três Poderes. No entanto, não houve acordo para apresentação do projeto de lei	Fixa como teto de aposentadorias no setor público a maior remuneração do ministro do Supremo Tribunal Federal
APOSENTADORIA PROPORCIONAL Os servidores ingressos antes de 16/12/1998 podem se aposentar ao completar 53 anos de idade e 3O anos de contribuição (mais pedágio de 40% sobre o tempo que faltava naquela data para completar o tempo de contribuição), se homem, e aos 48 anos de idade e 25 anos de contribuição (mais pedágio), se mulher. Em ambos os casos, é necessário ter cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria	Prevê direito adquirido à aposentadoria proporcional. E extingue essa possibilidade para os servidores ingressos antes de 16/12/ 1998

ABONO DE PERMANÊNCIA Existe isenção da contribuição previdenciária para os servidores ingressos antes de 16/12/1998 que completarem as condições para aposentadoria, mas resolverem permanecer trabalhando. A isenção se mantém até que os servidores completem 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher.	Cria abono equivalente à contribuição previdenciária (11% do salário) para os servidores que têm direito adquirido e decidam permanecer em atividade até a aposentadoria compulsória (70 anos)
INTEGRALIDADE E PARIDADE O valor dos benefícios é o último salário da ativa e a correção é feita sempre na mesma data e pelo mesmo índice do reajuste dos servidores da ativa	Mantidas para quem tem direito adquirido às regras atuais. Para os demais, não vale mais como regra geral. Será concedida, excepcionalmente, apenas como prêmio, para os atuais servidores que trabalharem até os 60 anos de idade, com 35 anos de contribuição (homens) ou 55 anos de idade, com 30 anos de contribuição (mulheres). Em ambos os casos, será preciso contar 20 anos no serviço público, 10 anos na carreira e 5 anos no cargo. Os critérios da paridade serão definidos em lei ordinária
SUBTETO PARA JUDICIÁRIO ESTADUAL Não existe na prática	Fixa o limite em 90,25% da remuneração de ministro do STF, o que imporá reduções salariais de até R$15 mil para alguns desembargadores estaduais

:: Atuais Servidores Inativos e Pensionistas

Como era	**Como fica** (segundo texto da Emenda Constitucional nº 41)
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA Não há contribuição	Na União, 11% sobre a parcela que exceder R$ 1.440 Nos Estados, no DF e nos municípios, 11% sobre a parcela que exceder R$ 1.200, respeitando, assim, diferentes realidades salariais no setor público. A contribuição reforça o caráter contributivo e solidário do regime previdenciário
DIREITO ADQUIRIDO Preserva direitos adquiridos, não impondo nenhum recálculo aos valores dos benefícios de aposentadoria e pensão	Preserva direitos adquiridos, não impondo nenhum recálculo aos valores dos benefícios de aposentadoria e pensão

:: Trabalhadores do INSS

Como era	**Como fica** (segundo texto da Emenda Constitucional nº 41)
Teto de benefícios e de contribuições é R$ 1.869,34	Teto de benefícios e de contribuições será elevado para R$ 2.400,00, aumentando o grau de cobertura previdenciária para os trabalhadores
	Prevê lei que criará sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de um salário mínimo, o que pode beneficiar 18,7 milhões de trabalhadores sem previdência

:: Futuros Pensionistas

Como era	**Como fica** (segundo texto da Emenda Constitucional nº 41)

Os benefícios são pagos com valores integrais tendo como base a remuneração do servidor da ativa ou a aposentadoria do servidor inativo falecido	Benefícios de até R$ 2.400 serão pagos na integralidade. Sobre a parcela que exceder os R$ 2.400, será aplicado um desconto de 30%

:: Futuros Servidores

Como era	**Como fica** (segundo texto da Emenda Constitucional nº 41)
CÁLCULO DO BENEFÍCIO Tem direito à aposentadoria integral com base no último salário do cargo	Considera a média das contribuições previdenciárias feitas durante o período trabalhado, nos mesmos moldes do que já ocorre no Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS
TETO Fixa teto de benefícios idêntico ao aplicado aos trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS, desde que criados os fundos de previdência complementar	Fixa teto de benefícios em R$ 2.400,00, idêntico ao que será aplicado aos trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS, desde que criados os fundos de previdência complementar
FUNDO DE PENSÃO Prevê que a criação dos fundos de pensão será regulamentada em lei complementar (PLP 09). As entidades deverão ser posteriormente instituídas por lei específica	Cria entidades fechadas de previdência complementar (fundos de pensão), sem fins lucrativos e administrados paritariamente por servidores e entes públicos, para complementar a aposentadoria dos servidores. Os fundos serão de natureza pública e só terão planos de contribuição definida

Os princípios que norteiam o Direito do Trabalho

Há dois princípios que norteiam diretamente as relações disciplinadas pelo o Direito do Trabalho: o primeiro é o *princípio da norma favorável*, que está baseado num outro axioma importante, que é o *princípio da hiposuficiência*. Ambos devem ser lidos à luz do interesse público maior.

O primeiro princípio se funda na idéia de que a Constituição é um conjunto de direitos mínimos, não máximos, e que sempre se deve ser favorável ao trabalhador, já que o próprio texto constitucional do art. 6º claramente invoca que o trabalho é um direito social e o art.7º complementa-o afirmando que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhora de sua condição social". Amauri Mascaro Nascimento esclarece: " Ao declarar que outros direitos podem ser conferidos ao trabalhador, a Constituição cumpre tríplice função.

Primeiro, a elaboração das normas jurídicas, que não deve perder a dimensão da sua função social de promover a melhoria da condição do trabalhador. Segundo, a hierarquia das normas jurídicas, de modo que, havendo duas ou mais normas, leis, convenções coletivas, acordos coletivos, regulamentos de empresa, usos e costumes, será aplicável o que mais beneficiar o emprego, salvo proibição por lei. Terceiro, a interpretação das leis, de forma que, entre duas interpretações viáveis para a norma obscura, deve prevalecer aquela capaz de conduzir ao resultado que de melhor maneira venha a atender aos interesses do trabalhador."[41]

O segundo princípio que inspira o primeiro, e o mais importante, diz respeito ao ***princípio da hipossuficiência relativa*.** Figura do direito econômico, e que tomou emprestado das políticas neo-sociais da República de Weimar, ao defender, por exemplo, o pequeno capitalista ou o pequeno industrial da voracidade dos grandes grupos econômicos com força e poder de abuso econômico.[42] Dissociados do conceito de *hipersuficientes*, que são os auto-suficientes em posição econômica superior, e do seu antônimo *hipossuficientes*, aqueles que apresentam debilidade econômica absoluta, os empregados podem ser caracterizados como hipossuficientes relativos, pois, na maioria das vezes, apresentam uma debilidade econômica relativa, ou seja, que é julgado por comparação e por critério de proporcionalidade em face do empregador.[43]

Duas questões surgem da análise da natureza da relação de emprego: primeiro, a sobreposição da natureza cogente da lei *vis-à-vis* à vontade dos contratantes, e, em segundo lugar, a proteção que é dada ao empregado, em decorrência de sua hipossuficiência relativa. O primeiro aspecto claramente se materializa quando se analisa, por exemplo, as dissoluções contratuais, nas quais, segundo entendimento dos tribunais superiores, afasta-se da *"simples interpretação de cláusula contratual"* ,

---

[41] Amauri Mascaro NASCIMENTO. op.cit. pág. 40

[42] cf. Antonio Ferreira CESARINO JR.r.. *Enciclopédia Saraiva de Direito.* São Paulo: Ed. Saraiva, 1973. pág. 230.

[43] Para uma visão moderna do assunto vide de Richard. STONE. *Law of Agency.* Londres : Cavendish Press, 1998.

ressaltando *"o que está em jogo é a lei e lei de caráter social, (...), sobrepondo-se, em conseqüência, aos pactos."* [44]

Por seu turno, o segundo aspecto mencionado, claramente está materializado na necessidade de harmonizar as relações entre empregados e empregadores, patrões e trabalhadores, obrigatórias e cogentes em relação ao parceiro contratual, *"um respeito obrigatório aos normais interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte para permitir ao parceiro contratual mais fraco as condições necessárias para a formação de uma vontade racional"*.[45] Assim é que o princípio da hipossuficiência relativa também passa a ocupar posição central ao tentar promover o equilíbrio entre relações desiguais.

Tais princípios devem ser lidos no ideal da prevalência da vontade pública sobre a vontade privada. Santiago Dantas[46] ao discorrer sobre a evolução dos contratos no século passado, centrou seus estudos na contextualização da evolução dos princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade das convenções, esta última limitada pela escusa da força maior e a evolução nas normas públicas que passaram a reger os contratos.

Para ele, há três princípios em jogo. O primeiro, **a autonomia da vontade**, traduz*, "na liberdade reconhecida às partes de estipularem o que lhes convier, fazendo de sua convenção uma verdadeira norma jurídica, que entre elas opera como lei."* O segundo, é que ao expressarem sua vontade, tais disposições não podem ofender a ordem pública e os bons costumes. Ou seja, "*o princípio da autonomia da vontade, expresso na liberdade contratual e na liberdade de contratar, não foi, porém, jamais entendido e afirmado como princípio absoluto, a salvo de contrastes e limitações. Assim como nunca se concebeu o direito de propriedade como senhoria absoluta e ilimitada, afirmando-se pelo contrário, limitações legais de ordem pública e*

---

[44] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 9.144/Minas Gerais.* Ministro Nilson Naves (Relator). Registro 91047414.

[45] Claudia Lima MARQUES. *Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor.* Revista de Direito do Consumidor, a 2. nº 18, abr.-jun. 1996, p. 57.

[46] *Problemas de Direito Positivo – estudos e pareceres nº 3*. Rio de Janeiro: Forense. 1953. pág.15 e ss.

privada aos poderes do proprietário, assim nunca se afirmou o princípio de autonomia da vontade como faculdade de contratar tudo que aprouvesse às partes, sem limites e censuras de ordem jurídica e moral.".

Este segundo princípio, o da **supremacia da ordem pública,** descreve que há *"normas imperativas, isto é, inderrogáveis pelas partes, nas quais se traduzem as imposições de ordem pública; e normas supletivas ou declarativas, isto é, aplicáveis se as partes não dispuserem de outro modo, sobre as quais prevalece a autonomia da vontade."*

Finalmente, há um terceiro princípio – o da **obrigatoriedade das convenções** – que *"pode ser considerado simples formulação diversa do da autonomia da vontade, já que ambos se exprimem na regra de que o contrato faz lei entre as partes. Mas, enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e conseqüências. O que as partes, por mútuo acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser cumprido (*pacta sunt servanda*) sob pena de execução patrimonial.*" .[47]

Todos esses princípios, da norma mais favorável e da hipossuficiência relativa, dentro do conceito de interesse público, estão quase que divorciados de alguns princípios de eficiência. Fazem referência a um contexto de relações pouco colaborativas e mais subordinantes, bem como acentuam uma distância formal entre a empresa e os trabalhadores.

Levando em conta uma leitura sobre *Law & Economics,* vamos agora indagar a pergunta objetiva do sistema atual: por que reformar a legislação trabalhista no Brasil ?

[47] Idem, ibidem.

13.4 Por quê reformar ?

O desemprego, segundo a Organização Internacional do Trabalho, cresceu cerca de 44% nos últimos dez anos e há cerca de 88 milhões de desempregados no mundo. [48] São os jovens, ou os entrantes no mercado de trabalho, que mais sofrem nesse cenário: cerca de 17% de todos os jovens até 25 anos estão sem trabalho. Na América Latina, o quadro é ainda mais dramático: cerca de 2 milhões de jovens a cada ano não terão emprego. O desemprego é uma tendência mundial: novas tecnologias, novas fontes de matéria prima e uma incessante busca para redução de custos contribui para que o emprego mingúe cada vez mais. Com este cenário, não há outra razão melhor para se justificar a reforma do nosso arcaico sistema trabalhista criado por Vargas: é preciso urgentemente gerar empregos.

O primeiro grande desafio da empregabilidade no Brasil reside na carga tributária sobre salários, por um lado, e em encargos trabalhistas, por outro. Certo de que toda a discussão tributária deve estar voltada à noção do financiamento do Estado que foi construído a partir da Constituição de 1988, o que justifica a carga tributária extremamente elevada. Por ora, vamos entender o porquê tanto carga tributária quanto encargos acabam por refrear a geração de empregos no Brasil. O quadro abaixo mostra que o Brasil é ocupa o segundo lugar nos países em que mais oneram salários, considerando tanto os impostos incidentes como também os encargos. Apenas a Dinamarca, país reconhecido por suas políticas sociais avançadas, taxa mais os salários do que o Brasil:

País	***% de impostos sobre salários (empregadores & empregados)***
Dinamarca	43,1
Brasil	42,2
Bélgica	41,4
Alemanha	41,2
Finlândia	31,7

[48] O Estado de S. Paulo. *Desemprego atinge 88 milhões de jovens no mundo.* 12/08/2004

Polônia	31
Suécia	30,4
Turquia	30
Noruega	28,8
Holanda	28,7
Áustria	28,6
Uruguai	28,4
Itália	28,1
França	26,5
Canadá	25,7
Argentina	25,6
EUA	24,3
Suíça	21,5
Espanha	19,2
Portugal	16,5

Fonte: IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Financeiro).

A conclusão óbvia é que, para gerar empregos, é necessário que se cobre menos impostos, direta e indiretamente, do trabalhador e do empregador. Mas, há do ponto de vista mais microscópico outras tarefas a realizar: a reforma deve abraçar temas como terceirização de mão-de-obra, jornada de trabalho, salário mínimo, registro em carteira, FGTS, FAT entre tantos outros assuntos da agenda de reforma trabalhista.

13.5 Emprego e empregabilidade: os principais desafios.

Vimos anteriormente que o grande desafio é gerar emprego, já que a ameaça do desemprego é uma realidade inegável. Nesta secção trataremos de alguns dos itens da agenda, começando pelo mais polêmico: a terceirização.

Terceirização de Mão-de-Obra

Adam Smith[49], ainda no Século XVII, advertia para as vantagens da especialização da mão-de-obra. Para ele, Citar Adam Smith

"The state of the mechanical, as well as some other arts, with which it is necessarily connected, determines the degree of perfection to which it is capable of being carried at any particular time. But in order to carry it to this degree of perfection, it is necessary that it should become the sole or principal occupation of a particular class of citizens; and the division of labour is as necessary for the improvement of this, as of every other art. Into other arts, the division of labour is naturally introduced by the prudence of individuals, who find that they promote their private interest better by confining themselves to a particular trade, than by exercising a great number. But it is the wisdom of the state only, which can render the trade of a soldier a particular trade, separate and distinct from all others. A private citizen, who, in time of profound peace, and without any particular encouragement from the public, should spend the greater part of his time in military exercises, might, no doubt, both improve himself very much in them, and amuse himself very well; but he certainly would not promote his own interest. It is the wisdom of the state only, which can render it for his interest to give up the greater part of his time to this peculiar occupation; and states have not always had this wisdom, even when their circumstances had become such, that the preservation of their existence required that they should have it."

A alegação de que uma atividade terceirizada caracteriza uma relação de emprego disfarçada é uma tolice. A realização de certas atividades, que compõem o processo fabril ou de serviços é realizada pelos empresários, por administradores ou por trabalhadores e esta relação se materializa, como vemos, em contratos de trabalho, seja ele determinado, seja ele indeterminado, quando não houver prazo para o seu término.[50] A terceirização, por sua vez, pode ser definida como a "contratação de um terceiro, pessoa física ou pessoa jurídica, para realizar qualquer atividade que se aproveita à empresa. Trata-se de um contrato empresarial, submetido ao regime do

[49] *The Wealth of Nations*. New York: Collier & Son Company. 1909–14., Book V, Chapter 1.

[50] O contrato de trabalho, segundo o art. 267 da CLT só pode ser determinado pelo prazo de 2 anos e renovados por um único período, o que o transforma automaticamente em indeterminado.

Código Civil, por meio do qual se contrata o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que se aproveitam à realização das finalidades empresariais."[51]

Se é um contrato típico do direito privado – e não fraude ao direito trabalhista – o seu norte inspirador é a especialização, não a relação de trabalho, mas a vontade das partes. Gladston Mamede dá o seguinte exemplo: um hotel que contrata uma lavanderia para cuidar das roupas de seus hóspedes; um consumidor que compra um iogurte, ou qualquer outra relação de contrato não faz com que o usuário se torne trabalhador, ou tenha qualquer vínculo empregatício. Mamede lembra ainda a Lei no 4.886/65, regulamentando a representação comercial: o representante comercial, profissional autônomo é contratado para promover, distribuir e negociar os bens e serviços do representado, sem ser o seu empregado. A fraude só ocorre quando há simulação de uma relação de emprego, por exemplo, alguém que com habitualidade, rotina e subordinação, traveste-se de terceirizado. Assim, por exemplo, isso pode ser exemplificado por um vendedor que só vende um determinado produto e vai àquela loja diariamente. O entendimento entre a distinção das linhas divisórias, terceirizado e empregado pode ser tênue, mas insista-se, são contratos distintos inspirados por princípios igualmente distintos.

Um segundo exemplo dado por Gladston Mamede ilustra bem a revolução que já se iniciou e atende pela alcunha de *terceirização*. A Volkswagen inaugurou uma fábrica em Rezende (RJ), em 1996. Desde então a montadora terceirizou quase que inteiramente a produção em unidades de produção, na mesma planta fabril. A Delca monta a cabina, a VDO o interior da cabina, a Maxion o chassis, a Rockwell os eixos e a suspensão, a MWM/Cummins o motor e a transmissão e a Michelin, as rodas. Os empregados de cada uma destas empresas não são empregados da Volkswagen. A montadora mantém um contrato de fornecimento com cada uma delas; no entanto, a fábrica dos terceirizados é no mesmo local do da Volks.

[51] Gladston MAMEDE. *A terceirização e contrato empresarial.* Valor Econômico. Pág. E2, 26/07/2004

Ignorar os benefícios da terceirização como forma de especialização e redução de custos é olhar para o passado. Claro, Getúlio Vargas não poderia imaginar que um dia a fábrica seria uma célula de relações fabris e não um local inóspito que merecesse a proteção legal do Estado. Contudo, em muitas decisões judiciais, nosso Judiciário continua refratário ao conceito de terceirização, impondo muitas vezes, desnecessárias condenações aos seus adeptos.

Jornada de Trabalho

Como resposta a redução da jornada de trabalho, a Ford Motor Company mudou-se da Bélgica para Turquia. A General Motors, da Alemanha para a Polônia A mesma estratégia seria seguida pela Siemens, que fecharia sua planta na região da Westfalia e se transferiria para o Leste Europeu. Ou seja, na medida em que os custos de mão-de-obra se tornam tão elevados, é mais vantajoso transferir as operações para um outro país. Neste momento, os sindicatos dos empregados da Siemens valeram-se de uma estratégia simples, mas efetiva: é melhor ter sindicalizado empregado, porém ganhando menos, do que tê-los desempregados. Foi assim que decidiram, em Assembléia, daquela data, ampliar por 2 anos a jornada de trabalho de 35 para 40 horas semanais, pelo mesmo salário, transformando porém, o bônus em produtividade. [52]

O caso é emblemático por diversas razões. Aqui, entre nós, já se falou em reduzir a jornada de trabalho por meio de um dispositivo constitucional, alterando a disciplina prevista na Constituicao de 1988 sobre a jornada de trabalho para um limite de 40 horas semanais.[53] O Professor José Pastore critica a proposta, justificando: "é preciso ter muito cuidado com esse tipo de decisão. Se é difícil mudar uma lei, é quase impossível revogar uma conquista constitucional. Uma medida dessa natureza

[52] José PASTORE. *"Alongamento da Jornada de Trabalho"*. O Estado de S. Paulo. 13-07-2004, pág. B-2.

[53] *"Art. 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
(...)
XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho".

colocaria todas as empresas, de norte ao sul do país e em todos os setores, dentro da mesma camisa de força, quando, pela via de negociação, isso pode ser ajustado de forma diferenciada, de acordo com a região, setores e conjuntura."

Se nossa Constituição dispõe que a jornada de trabalho por dia não seja superior a 8 horas, limite máximo, não impede que outras jornadas sejam fixadas com duração inferior, como a dos bancários, por exemplo.[54] Extraordinariamente, leis ordinárias podem fixar jornadas superiores à 8 horas: por exemplo, a jornada de trabalho dos Aeronautas (Lei 7.183/84 - art. 21), estabelece jornadas de trabalho de 11 , 14 ou 20 horas.[55]

O tema da jornada de trabalho nasce, principalmente de uma importante conquista dos trabalhadores quando conseguiram impor uma limitação aos longos períodos que trabalhavam, reduzindo-os dos padrões desumanos para parâmetros mais razoáveis. A justificativa dada no Parlamento Inglês em 1847 mostra que o assunto era polêmico: "para que a agitação fosse conduzida tranqüilamente, para que cessasse todas as discussões entre capital e trabalho, para que mais não houvesse greves, ameaças, injúrias em relação aos patrões, dentro ou fora do Parlamento, sugere-se aprovar a medida." [56]

---

[54] De fato, existe previsão constitucional com relação à compensação dos horários de trabalho da semana (artigo 7, XIII) e da adoção de regras especiais para turnos ininterruptos e revezamento (artigo 7º, XIV). Como se observa, tais matérias são diretamente submetidas à tutela sindical, já que os sindicatos exercerão controle imediato sobre as negociações (convenções e acordos coletivos) exigidas pela lei para tratamento da redução da jornada.

[55] Importante seria salientar alguns aspectos sobre as razoes óbvias da limitação da jornada de trabalho. Para Arnaldo SÜSSEKIND (*Instituições de Direito do Trabalho*. vol. 2. São Paulo: LTr. 1997. pp. 773 e ss.) três são os fundamentos a ela associados. De um lado, a limitação ocorre por uma necessidade biológica, pela natureza humana e sua dignidade, já que o indivíduo suporta apenas uma determinada quantidade de trabalho, seja este braçal ou intelectual. De outro lado, a limitação se dá pelo caráter social associado ao trabalho, já que empregado deve contar com tempo livre para lazer e pratica de atividades culturais e familiares. Por fim, é explicada pelo caráter econômico, a restringir o desemprego, especialmente pela distribuição de mais postos de trabalho na empresa e conseqüente aumento de integração de trabalhadores, combate à fadiga e rendimento superior na execução do trabalho.

[56] A propósito ver Arnaldo SÜSSEKIND. *Duração do trabalho e repousos remunerados*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. A primeira lei inglesa impunha um limite de horas de trabalho que era imperativo à vontade do patrão e do operário, fixando a jornada em 10 horas diárias. A França seguiu o modelo em 1848, estabelecendo 10 horas em Paris e 11 horas nas demais províncias. Mais tarde, após o desfecho da Primeira Guerra, a OIT teve papel decisivo na divulgação da redução da jornada de trabalho pelo mundo, sendo o tema colocado em prática em muitos países signatários da Organização.

Louis Blanc, na França, em seu importante manifesto sobre a organização do pregava a redução das jornadas, sob o pretexto de que elas "arruínam a saúde do trabalhador e os impede de cultivar a inteligência, prejudicando a dignidade do homem."[57] Na mesma toada, a própria Igreja, tradicionalmente isenta em questões mais políticas de seus dias, em 1891, resolve, por meio da Encíclica Rerum Novarum, do Papa Leão XIII, determinar que não deve o trabalho prolongar-se por mais tempo que as forças o permitam."[58]

No Brasil, em 1919, o tema veio a baila por meio da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que editou a Convenção nº 1, na Conferencia de Washington. O documento estabelecia que a jornada de trabalho deveria ser de 8 horas, acrescentados ao horário de almoço de 1 hora, mas descanso semanal. Em 1912, proposta do Deputado Figueiredo Rocha, de transformar o regime de trabalho em jornada fixa de 8 horas havia sido derrubada. Assim, foi somente em 1932, que Getúlio Vargas, por meio de uma série de medidas legais, entre elas, o Decretos 21.186, 22.033, estabeleceu a jornada de trabalho de comerciantes, industriários, e outros, como os barbeiros, os farmacêuticos etc.

A unificação de normas esparsas foi se dar em 1940, com o Decreto Lei 2.308, mais tarde alterado pela Consolidação das Leis do Trabalho (1943), impondo regras especiais, por exemplo, aos bancários (art. 224 a 226 da CLT), aos ferroviários, (art. 236 a 247 da CLT), à capatazia dos Portos (288 a 292) e assim por diante.

---

[57] *L'Organisation du Travail*. Paris, 1840.

[58] Da *Carta Encíclica Rerum Novarum Del Sumo Pontífice León XIII Sobre La Situassem De Los Obreros,* divulgada em 15 de maio de 1891: *"Que lo realmente vergonzoso e inhumano es abusar de los hombres como de cosas de lucro y no estimarlos en más que cuanto sus nervios y músculos pueden dar de sí. E igualmente se manda que se tengan en cuenta las exigencias de la religión y los bienes de las almas de los proletarios. Por lo cual es obligación de los patronos disponer que el obrero tenga un espacio de tiempo idóneo para atender a la piedad, no exponer al hombre a los halagos de la corrupción y a las ocasiones de pecar y no apartarlo en modo alguno de sus atenciones domésticas y de la afición al ahorro. Tampoco debe imponérseles más trabajo del que puedan soportar sus fuerzas, ni de una clase que no esté conforme con su edad y su sexo. Pero entre los primordiales deberes de los patronos se destaca el de dar a cada uno lo que sea justo.*

Aquilo que excedesse a jornada legal seria considerado como "hora extra", ou seja, serviços extraordinários que ultrapassem a jornada nominal diária, que é de 8 horas, ou aquela que se estenda além da jornada máxima semanal, isto é, de 44 horas, seria remunerado com um adicional de 50%.

Salário mínimo no Brasil: evolução histórica e impactos sobre o mercado de trabalho

"O salário mínimo surgiu no Brasil em meados da década de 30. A Lei nº 185 de janeiro de 1936 e o Decreto-Lei nº 399 de abril de 1938 regulamentaram a instituição do salário mínimo, e o Decreto-Lei nº 2162 de 1º de maio de 1940 fixou os valores do salário mínimo, que passaram a vigorar a partir do mesmo ano. O país foi dividido em 22 regiões (os 20 estados existente na época, mais o território do Acre e o Distrito Federal) e todas as regiões que correspondiam a estados foram divididas ainda em sub-região, num total de 50 sub-regiões. Para cada sub-região fixou-se um valor para o salário mínimo, num total de 14 valores distintos para todo o Brasil. A relação entre o maior e o menor valor em 1940 era de 2,67.

Esta primeira tabela do salário mínimo tinha um prazo de vigência de três anos, e em julho de 1943 foi dado um primeiro reajuste seguido de um outro em dezembro do mesmo ano. Estes aumentos, além de recompor o poder de compra do salário mínimo, reduziram a razão entre o maior e o menor valor para 2,24, já que foram diferenciados, com maiores índices para os menores valores. Após esses aumentos, o salário mínimo passou mais de oito anos sem ser reajustado, sofrendo uma queda real da ordem de 65%, considerando-se a inflação medida pelo IPC da FIPE (ver gráfico abaixo).

Em dezembro de 1951, o Presidente Getúlio Vargas assinou um Decreto-Lei reajustando os valores do salário mínimo, dando início a um período em que reajustes mais freqüentes garantiram a manutenção, e até alguma elevação, do poder de compra do salário mínimo. Da data deste reajuste até outubro de 1961, quando ocorreu o primeiro reajuste do Governo de João Goulart, houve um total de seis reajustes. Neste período, além de os reajustes terem ocorrido em intervalos cada vez menores (o último, de apenas 12 meses), ampliou-se bastante o número de valores distintos para o salário mínimo entre as diversas regiões. Deve-se ressaltar que nos dois primeiros reajustes deste período o aumento do maior salário mínimo foi muito superior ao do menor, com a razão entre eles atingindo 4,33 em julho de 1954, seu maior valor histórico.

A partir de 1962, com a aceleração da inflação, o salário mínimo voltou a perder seu poder de compra, apesar dos outros dois reajustes durante o Governo de Goulart. Após o golpe militar, modificou-se a política de reajustes do salário mínimo, abandonando-se a prática de recompor o valor real do salário no último reajuste. Passou-se a adotar uma política que visava manter o salário médio, e aumentos reais só deveriam ocorrer quando houvesse ganho de produtividade. Os reajustes eram calculados levando-se em consideração a inflação esperada, o que levou a uma forte queda salarial decorrente da subestimação da inflação por parte do governo.

Em 1968, passou-se a incluir uma correção referente à diferença entre as inflações esperadas e realizadas, sem, no entanto, qualquer correção referente às perdas entre 1965 e 1968. Neste período, que durou até 1974, houve ainda uma forte redução no número de níveis distintos de salário mínimo, que passou de 38 em 1963 para apenas cinco em 1974. Também reduziu-se a relação entre o maior e o menor salário mínimo, que atingiu a valor de 1,41 no final do período.

De 1975 a 1982, os reajustes do salário mínimo elevaram gradualmente seu poder de compra, com um ganho real da ordem de 30%. Em 1979, os reajustes passaram a ser semestrais, e em valores que correspondiam a 110% da variação do INPC. Além disso, manteve-se a política de estreitamento entre os distintos valores, que em 1982 já eram somente três, e com a razão entre o maior e o menor salário no valor de 1,16.

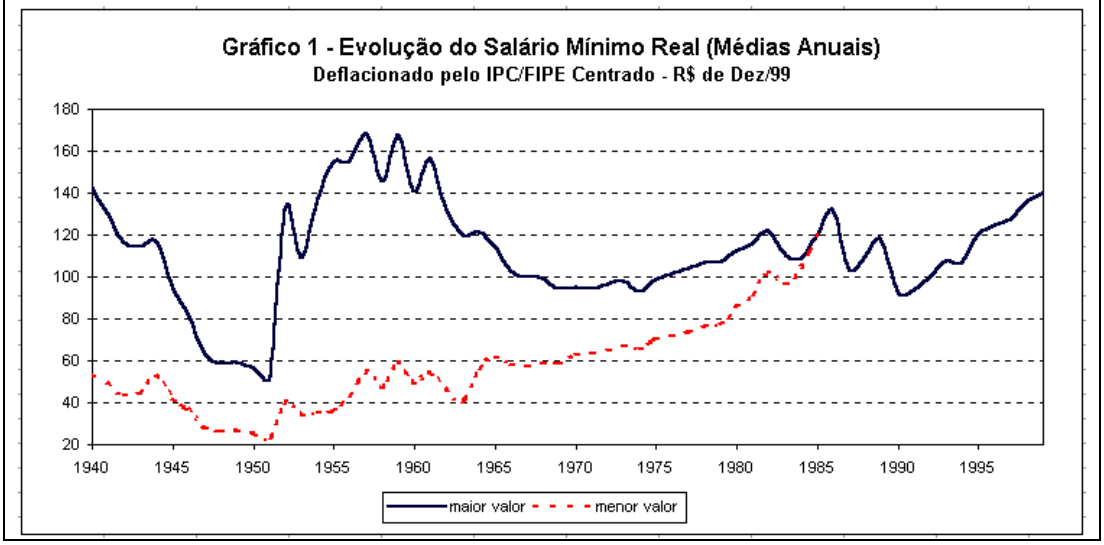
A partir de 1983, as diversas políticas salariais associadas aos planos econômicos de estabilização e, principalmente, o crescimento da inflação levaram a significativas perdas no poder de compra do salário mínimo. Entre 1982 e 1990, o valor real do salário mínimo caiu 24%. Deve-se destacar ainda que em maio de 1984 ocorreu a unificação do salário mínimo no país.

A partir de 1990, apesar da permanência de altos índices de inflação, as políticas salariais foram capazes de garantir o poder de compra do salário mínimo, que apresentou um crescimento real de 10,6% entre 1990 e 1994, em relação à inflação medida pelo INPC.

Há duas conclusões importantes a destacar a partir dos dados do gráfico abaixo, que mostra a evolução histórica do salário mínimo desde 1940. Em primeiro lugar, ao contrário de manifestações muito corriqueiras de que o poder de compra do salário mínimo seria hoje muito menor que na sua origem, os dados mostram que não houve perda significativa.

Em segundo, foi com a estabilização dos preços a partir de 1994 que se consolidou a mais significativa recuperação do poder de compra do mínimo desde a década de 50"

Fonte: www. fazenda.gov.br



13.5.3 - Carteira assinada: Grau de cobertura

Uma segunda discussão sobre o mercado de trabalho diz respeito ao *grau de cobertura* –isto é, a parcela dos trabalhadores cujos rendimentos são maiores ou iguais ao salário mínimo e a informalidade das relações de trabalho.

Quanto ao grau de cobertura do salário mínimo, a tabela anexa, extraída do *website* do Ministério da Fazenda, mostra a evolução entre 1960 e 1998. Pode-se verificar que, mais que 70% dos trabalhadores recebiam salários menores ou iguais ao salário mínimo mais alto da Federação em 1960. Em 1970, 50% dos trabalhadores ganhavam menos que o mínimo. Mais recentemente, são apenas 13.9% os que recebem menos que o salário mínimo. Há portanto, uma sensível melhoria neste aspecto.

Tabela 1 - Distribuição da População, por Faixa de Rendimentos

	Rendimentos Inferiores a 1 SM	Rendimentos Iguais a 1 SM	Rendimentos Superiores a 1 SM
1960 *	70,7% **		29,3%
1970 *	52,1%	1,1%	46,8%
1998	13,9%	7,4%	78,7%

Fonte: Censos Demográficos de 1960 e 1970 e PNAD de 1998

* Para os anos de 1960 e 1970 esta proporção foi calculada levando-se em conta o número de trabalhadores que ganhavam menos que o maior Salário Mínimo do país.

** No Censo de 1960, as estatísticas não diferenciam valores menores e iguais a 1 Salário Mínimo.

A tabela seguinte traz a mesma informação (grau de cobertura), porém agora segundo a natureza do vínculo empregatício (com carteira assinada, sem carteira, conta-próprias). O que salta à vista nestes dados é a comparação entre o grau de cobertura e a informalidade, ou seja, a informalidade aumenta o grau de cobertura (e portanto da pobreza): quase metade destes trabalhadores recebem até um salário mínimo, enquanto entre os trabalhadores com carteira assinada esta proporção não chega a 10%.

Tabela 2a - Quantidade de Pessoas Ocupadas Segundo Posição na Ocupação e Rendimento

Posição na Ocupação	Rendimento até 1 SM	Rendimento maior que 1 SM	Total
Empregados com carteira	1.930.545	19.163.016	21.093.561
Funcionário público (Estatutário e Militar)	371.484	4.184.007	4.555.491
Empregados sem carteira	7.628.666	8.442.553	16.071.219
Conta própria	4.901.157	11.165.314	16.066.471
Empregador	98.545	2.752.635	2.851.180
Outros	5.718	9.319.473	9.325.191
Total	14.936.115	55.026.998	69.963.113

Fonte: MTE

Tabela 2b - Distribuição dos Ocupados Segundo Faixa Salarial, por Posição na Ocupação

Posição na Ocupação	Rendimento até 1 SM	Rendimento maior que 1 SM	Total
Empregados com carteira	9,15%	90,85%	100,00%
Funcionário público (Estatutário e Militar)	8,15%	91,85%	100,00%
Empregados sem carteira	47,47%	52,53%	100,00%
Conta própria	30,51%	69,49%	100,00%
Empregador	3,46%	96,54%	100,00%
Outros	0,06%	99,94%	100,00%
Total	21,35%	78,65%	100,00%

Fonte: MTE

Abrindo os dados por regiões, vemos que o problema de baixa cobertura é maior na Região Norte e, principalmente, na Região Nordeste: isto apenas prova as disparidades regionais no território brasileiro. E evidente, o grau de correlação entre desenvolvimento, emprego e legalidade.

Tabela 3 - Trabalhadores Assalariados que Ganham Menos que um Salário Mínimo

Região	Milhares de pessoas	%
Centro-Oeste	131	5,4%
Nordeste	1.361	20,1%
Norte	150	9,9%
Sudeste	775	4,7%
Sul	242	4,5%

Fonte: PNAD-98

A tabela anterior indica a razão existente entre o salário médio e o salário mínimo nos diversos Estados brasileiros. Enquanto em São Paulo e no Distrito Federal o salário médio é mais de cinco vezes maior que o salário mínimo, em outros Estados do Norte ou do Nordeste aquele não chega a duas vezes. Assim, parece claro que o impacto decorrente das elevações do salário mínimo nos diferentes Estados reflete-

se de modo diferenciado na informalidade, no grau de cobertura do salário mínimo e na própria taxa de desemprego.

A distribuição dos ocupados segundo faixa salarial, por posição, indicadas no quadro abaixo

Tabela 2b - Distribuição dos Ocupados Segundo Faixa Salarial, por Posição na C

Posição na Ocupação	Rendimento até 1 SM	Rendimento maior que 1 SM
Empregados com carteira	9,15%	90,85%
Funcionário público (Estatutário e Militar)	8,15%	91,85%
Empregados sem carteira	47,47%	52,53%
Conta própria	30,51%	69,49%
Empregador	3,46%	96,54%
Outros	0,06%	99,94%
Total	21,35%	78,65%

Fonte: MTE

FGTS

A Lei nº 9.012, de 1995 é a que disciplina o FGTS. Instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, o FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas de trabalhadores, regido segundo normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, integrado por três representantes da categoria dos trabalhadores e três representantes da categoria dos empregadores, além de um representante de alguns órgãos estatais, tais como, por exemplo, do Ministério do Trabalho. A gestão da aplicação do FGTS cabe à Caixa Econômica Federal (CEF) enquanto agente operador. Inicialmente voltado para uma política nacional de desenvolvimento urbano e para políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana estabelecidas pelo Governo Federal, o FGTS progressivamente apoiou diversos outros programas com cunho social.

Segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS, as operações do fundo devem preencher certos requisitos de garantias, tais como hipotecária, caução de Créditos hipotecários próprios, relativos a financiamentos concedidos com recursos do agente financeiro; caução dos créditos hipotecários vinculados aos imóveis objeto de financiamento; cessão de créditos do agente financeiro, derivados de financiamentos concedidos com recursos próprios, garantidos por penhor ou hipoteca entre outros. O objetivo é remunerar o saldo das contas do FGTS em 6% ao ano mais a correção da TR. Alternativamente, em alguns casos foi decidido que o FGTS também poderia servir para compra de ações, no mercado de capitais de certas empresas estatais.

FAT

O Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT é um fundo especial, de natureza contábil-financeira, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, do Abono Salarial e ao financiamento de Programas de Desenvolvimento Econômico.

A principal fonte de recursos do FAT é composta pelas contribuições para o Programa de Integração Social - PIS, criado por meio da Lei Complementar n° 07, de 07 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, instituído pela Lei Complementar nº 08, de 03 de dezembro de 1970.

A partir da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, nos termos do que determina o seu artigo 239, os recursos provenientes da arrecadação das contribuições para o PIS e para o PASEP foram destinados ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, do Abono Salarial e, pelo menos quarenta por cento, ao financiamento de Programas de Desenvolvimento Econômico, esses últimos a cargo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. Os recursos que o BNDES empresta advêm desse fundo de financiamento. Essa mesma lei também instituiu o Fundo de Amparo ao

Trabalhador - FAT e o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT. O CODEFAT é um órgão colegiado, de caráter tripartite e paritário, composto por representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do governo, que atua como gestor do FAT.

As cotas individuais do Fundo de Participação PIS-PASEP foram mantidas, como direito adquirido dos seus participantes. Apenas cessou o fluxo de ingresso de novos recursos das contribuições naquele fundo, que passaram a custear os programas acima referidos.

A regulamentação do Programa do Seguro-Desemprego e do abono a que se refere o artigo 239 da Constituição ocorreu com a publicação Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

Dentre as funções mais importantes do órgão, estão as de elaborar diretrizes para programas e para alocação de recursos, de acompanhar e avaliar seu impacto social e de propor o aperfeiçoamento da legislação referente às políticas. Igualmente importante é o papel que exerce no controle social da execução dessas políticas, nas quais se reúnem as as competências de análise das contas do Fundo, dos relatórios dos executores dos programas apoiados, bem como de fiscalização da administração do FAT.

As principais ações de emprego financiadas com recursos do FAT estão estruturadas em torno de dois programas: o Programa do Seguro-Desemprego (com as ações de pagamento do benefício do seguro-desemprego, de qualificação e requalificação profissional e de orientação e intermediação do emprego) e os Programas de Geração de Emprego e Renda, cujos recursos são alocados por meio dos depósitos especiais criados pela Lei nº 8.352, de 28 de dezembro de 1991 (incorporando, entre outros, o próprio Programa de Geração de Emprego e Renda - PROGER, nas modalidades Urbano e Rural e o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF).

Os Programas de Geração de Emprego e Renda, voltados em sua maioria para micro e pequenos empresários, cooperativas e para o setor informal da economia, associam crédito e capacitação empregados para a geração de emprego e renda. Os recursos extra-orçamentários do FAT são depositados junto às instituições oficiais federais que funcionam como agentes financeiros dos programas (Banco do Brasil S/A, Banco do Nordeste S/A, Caixa Econômica Federal e Banco de Desenvolvimento Econômico e Social). Fazem parte desses programas o PROGER, o PROGER Rural e o PRONAF.

Além dos programas para micro e pequenos empresários, o FAT financia o PROEMPREGO, que está voltado para setores estratégicos (e.g transporte coletivo de massa, infra-estrutura turística, obras de infra-estrutura voltadas para a melhoria da competitividade do país), bem como o PROTRABALHO, que busca apoiar pólos de desenvolvimento integrado na Região Nordeste e norte de Minas Gerais. Note que tais programas revelam-se fundamentais para o desenvolvimento sustentado e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador.

O Programa do Seguro-Desemprego é responsável pelo tripé básico das políticas de emprego:

- **Benefício do seguro-desemprego** - promove a assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado, em virtude de dispensa sem justa causa;
- **Intermediação de mão-de-obra** - busca a recolocação do trabalhador no mercado de trabalho, de forma ágil e não onerosa, reduzindo os custos e o tempo de espera de trabalhadores e empregadores;
- **Qualificação profissional -** por meio do Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador – (PLANFOR), visa capacitar trabalhadores e elevar sua empregabilidade, contribuindo para sua inserção e reinserção profissional.

As ações do Programa do Seguro-Desemprego são executadas, via de regra, descentralizadamente, por meio do Sistema Nacional de Emprego - SINE, agências privadas ligadas às entidades sindicais e entidades contratadas pelas Secretarias Estaduais de Trabalho, além de outras parcerias (sistemas de educação profissional, universidades, Sistema S, sindicatos de trabalhadores, entre outros), e contam com a participação das Comissões de Emprego locais.

As Comissões de Emprego, que possuem a mesma estrutura do CODEFAT (caráter permanente, deliberativo, tripartite e paritário), também têm papel importante no Programa de Geração de Emprego e Renda, uma vez que cabe a elas a definição das prioridades locais de investimento, que orientam a atuação dos agentes financeiros.

Montou-se, portanto, em torno do Fundo de Amparo ao Trabalhador, um arranjo institucional que procura garantir a execução de políticas publicas de emprego e renda de maneira descentralizada e participativa. Isto permite a aproximação entre o executor das ações e o cidadão que delas se beneficiará, conferindo-lhe a possibilidade de participar e exercer seu controle, por meio dos canais adequados

13.8.6 – Carteira de Trabalho:

Finalmente, é possível mencionar alguns aspectos relacionados à Carteira de Trabalho e Previdência Social. Legado da Era Vargas, instituída pelo Decreto nº 21.175, de 21 de março de 1932, e posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 22.035, de 29 de outubro de 1932, ela tornou-se documento obrigatório para toda pessoa que venha a prestar algum tipo de serviço a outra pessoa, seja na indústria, no comércio, na agricultura, na pecuária ou mesmo de natureza doméstica.

A Carteira de Trabalho e Previdência Social é hoje, por suas anotações, um dos únicos documentos a reproduzir com tempestividade a vida funcional do

trabalhador. Assim, garante o acesso a alguns dos principais direitos trabalhistas, como seguro-desemprego, benefícios previdenciários e FGTS.

Redução da pobreza e mudanças no mercado de trabalho

Assim como é importante discutir o grau de cobertura do salário mínimo (e não apenas o seu valor a cada momento do tempo), é importante entender que outros fatores – além do salário – influem no bem-estar social das famílias. Investimentos em educação e saúde, bem como em infra-estrutura básica, melhoram o bem-estar da população sem que se manifestem do poder de compra dos salários. Os dados são abundantes quanto às melhorias nas condições de vida da população mais pobre como resultados destes investimentos nos últimos anos.

Quanto à renda, a medida mais adequada para medi-la não é o salário nem, em particular, o salário mínimo, mas sim a **renda familiar *per capita***, isto é, a renda da família dividida pelo número de familiares. Esta medida toma em consideração alterações demográficas (como a redução no número de filhos) e mudanças estruturais no mercado de trabalho (como o crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho).

Há pelo menos dois fatores que fazem com que a renda familiar per capita venha crescendo em relação ao salário mínimo no Brasil. Em primeiro lugar, o fato de que a proporção de chefes de família que recebe salário mínimo é menor que a proporção média e, além disso, vem caindo ao longo dos anos. Em 1981, a proporção de chefes de família ganhando menos que o salário mínimo era de 21.3%. Em 1998, esta proporção havia caído para 11.7% enquanto para o total de trabalhadores a proporção era 13.9%.

O segundo ponto fundamental é o crescimento da participação de outros membros da família, que não o chefe, na força de trabalho. Nota-se que em 1981, a taxa de participação de conjugues no mercado de trabalho era de 27%, enquanto em 1998 chegava a 48.2%. Entre os filhos, a participação cresceu de 24.5% para 27.1% no mesmo período.

Como conseqüência destes dois fatores, a renda domiciliar *per capita* tem crescido em relação ao salário mínimo. Os dados mostram que nas duas últimas décadas, esta relação passou de 0,82 em 1981 para 2,27 em 1998. Tal crescimento explica a forte queda no mesmo período da proporção de pessoas vivendo com renda familiar *per capita* inferior a um salário mínimo. Vemos que este número era de 79,1% em 1981, e em 1998 havia se reduzido para 45,8%, o que representa uma redução de mais de 40%.

Impacto Fiscal do Aumento do Salário Mínimo

Como temos chamado atenção, deve-se ter em conta o impacto fiscal (tanto no ano em curso quanto permanente) de um aumento do salário mínimo. Não que o resultado fiscal seja um fim em si mesmo, pois não é este o caso. O ajuste fiscal e a mudança do regime fiscal, ambos em curso no Brasil, são pré-condições para a retomada do crescimento da economia, do emprego e da renda, como aliás, já se pode observar em meses recentes.

A título de exemplo, os dados mostram o efeito de longo prazo (isto é, permanentes) sobre os gastos da previdência dos aumentos reais dos benefícios em 1995 e 1998.

O impacto fiscal do aumento do salário mínimo se dá sobre as contas da Previdência Social, as despesas com seguro-desemprego e abono salarial, os gastos com a LOAS e as folhas de pagamento das três esferas do governo. Deve-se enfatizar o impacto de 12 meses, uma vez que ele nos oferece uma aproximação mais confiável do impacto permanente destes reajustes.

Observa-se que, em média, para cada Real de aumento no valor do salário mínimo ocorre um aumento da ordem de R$ 200 milhões nos gastos do Governo Federal. Deste total, quase 75% vêm do impacto sobre a previdência. Quase 65% dos benefícios pagos pela Previdência são no valor de um salário mínimo, o que corresponde a 35% do total dos valores dos benefícios. Isso explica porque o impacto do aumento do salário mínimo sobre as contas da Previdência é tão forte.

O impacto sobre as folhas dos estados e dos municípios pode parecer pouco expressivo se olharmos apenas para o seu valor (R$ 4 milhões para o total dos estados, e R$ 11 milhões para os municípios, considerando-se apenas os servidores na ativa). O grande problema aqui é que, em

municípios pequenos e de regiões menos desenvolvidas, este impacto pode ser enorme em termos relativos. Entre as Prefeituras da Região Nordeste, onde este problema deve ser mais grave, 37% do total de servidores públicos municipais recebem salários num valor menor ou igual a um salário mínimo. A análise dos percentuais de aumento para os servidores estaduais e municipais, agregados por estado da federação indica haver um sério risco de diversos municípios destes estados onde este percentual é mais elevado, não terem como suportar estes aumento.

13.6 - Resumo do Capítulo

Na primeira parte foram destacadas as políticas legais e públicas relacionadas ao mercado de trabalho, especialmente com relação aos seus institutos, objeto de proteção, princípios informadores e a relação tradicionalmente concebida entre empregado e empregador. Nesse sentido, fez-se referência aos fatores de produção associados ao mercado de trabalho, o bem jurídico trabalho como sendo conceito central nesse contexto e, também, alguns aspectos relevantes sobre a atual configuração da legislação trabalhista no Brasil. Assim como acontece com a informalidade nas relações de trabalho, outros efeitos socialmente indesejáveis estão associados à manutenção de um regime trabalhista institucionalmente desgastado no país.

Sobre a Era Vargas, em especial, foram mencionados os resultados da evolução do direito do trabalho desde a década de 30 no Brasil, especialmente pela promulgação da CLT, assim como a formação do caráter constitucional dessa disciplina em nosso direito positivo. Transitando entre o assistencialismo, o corporativismo e a proteção do sindicalismo no país, as Constituições foram, sem dúvida, instrumentos que marcaram vieses também preocupadas com a realidade do mercado de trabalho no Brasil, porém de difícil concretização. Na Constituição de 1988, em especial, proteção geral e ampla é conferida ao trabalhador (empregado e desempregado), de acordo com o extensivo rol de direitos trabalhistas previstos no artigo 6º. Foram igualmente abordados outros importantes institutos relacionados ao mercado de trabalho, como o direito de greve, a livre associação profissional e a conseqüente liberdade de formação de sindicatos, bem como suas implicações e possíveis críticas.

Também foram descritos alguns dos princípios mais importantes que informam o Direito do Trabalho, tais como a hipossuficiência relativa, fundada na condição de debilidade econômica relativa do trabalhador e determinada por comparação e critério de proporcionalidade ante o status do empregador. Igualmente, tratou-se da natureza da relação de trabalho e da harmonização das relações entre empregado e

empregador, a observância dos princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e a obrigatoriedade das convenções. Como visto, eles estão muitas vezes divorciados de alguns dos princípios de eficiência que norteiam as premissas de *Law & Economics*.

Em relação aos desafios do emprego e empregabilidade, discutimos a questão da jornada de trabalho e o sentido de sua limitação, o grau de cobertura da carteira de trabalho, os fundos criados para servir de apoio ao trabalhador no Brasil. Sobre estes, deve ser destacada a importância do FGTS e do FAT. Finalmente,

Glossário

Temas de Direito do Trabalho na Constituição de 1988

Ação; prazo de prescrição - CF art. 7º, XXIX
Acidente de trabalho; seguro e indenização - CF art. 7º, XXVIII
Aposentadoria - CF art. 7º, XXIV e art. 202
Automação do trabalho; proteção aos - CF art. 7º, XXVII
Aviso prévio - CF art. 7º, XXI
Benefícios da previdência social;
Reajuste - CF art. 201, § 2º
Cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; dispensa - proibição - CF DT, art. 10, II, a
Colegiados dos órgãos públicos; participação - CF art. 10
Contribuição social - CF 195, II e § 8º
de baixa renda; ajuda aos dependentes - CF art. 201, II
Desemprego involuntário; proteção - CF art. 201, IV
Despedida arbitrária ou sem justa causa; indenização compensatória - CF art. 7º, I e DT, art. 10
Discriminação; proibição - CF art. 7º, XXX e XXX
Dissídios individuais e coletivos; conciliação e julgamento - CF art. 114

Doença, invalidez, morte, velhice e reclusão; benefícios da previdência social - CF art 201, I
Domésticos; direitos - CF art. 7º, parágrafo único
Empregada gestante; dispensa - proibição - CF DT, art. 10, II, b
Empregado; produtividade; participação nos ganhos - CF art. 218, § 4º
Férias remuneradas - CF art. 7º, XVII
Fundo de garantia do tempo de serviço - CF art. 7º, III
Greve - CF art. 9º
Igualdade de direitos - CF art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV
Licença à gestante - CF art. 7º, XVIII
Licença-paternidade - CF art. 7º, XIX
Participação nos lucros e gestão da empresa - CF art. 7º, XI
Repouso semanal - CF art. 7º, XV
Representação legal nas empresas - CF art. 11
rurais; habitação - CF art. 187, VIII
Rurais e urbanos; direitos assegurados - art. 7º
Salário e remuneração - CF art. 7º, IV a X, XII, XVI, XVII, XVIII, XXIII, XXX e XXXI
Salário de contribuição; previdência social - CF art. 201, §§ 3º e 4º e 5º e art. 202, caput e I, II e III
Seguro-desemprego - CF art. 7º, II
Setor privado; dirigentes e representantes sindicais; anistia - CF DT, art. 8º, § 2º
Sindicatos - CF art. 8º
Acidentes do; previdência social; assistência - CF art. 201,I
Base da ordem social - CF art. 193
Convenções e acordos coletivos - CF art. 7º, XIII e XXVI
do menor - CF art. 7º, XXXIII e art. 227, § 3º, I, II e III
Formação para; plano nacional de educação - CF art. 214, IV
Insalubre ou perigoso - CF art. 7º, XXIII
Inspeção do; competência da União - CF art. 21, XXIV

Jornada de - CF art. 7º, XIII e XIV
Manual técnico e intelectual; distinção; proibição - CF art. 7º, XXXII
Mercado de; assistência social; integração - CF art. 203, caput e III
Noturno - remuneração - CF art. 7º IX
Ofício, profissão ou atividade econômica; livre exercício - CF art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único
Segurança e higiene do; normas - CF art. 7º, XXII
Serviço extraordinário; remuneração - CF art. 7º, XVI
Valores sociais do - CF art. 1º, IV

Sugestão de leituras

FARIA, José Eduardo. *A crise do direito do trabalho no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v.80. 1985. pp.197-209.

GRZETICH, Antonio. *La subordinacion en el sector informal*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. n.7. 1995. pp.57-100

HARPER, Michael C., ESTREICHER, Samuel e MELTZER, Bernard D. *Labor Law Cases Materials and Problems: Cases, Materials, and Problems*. 4th Edition. New York-Boston-Toronto: Little Brown & Co. 1996.

IRTI, Natalino. *Un inquieto dialogo sul corporativismo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. v.41. n.1. 1987. pp.237-45

LESLIE, Douglas L. *Labor Law*. 4th edition. St.Paul: West Publishing Co. 2000.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston-Toronto-London: Little Brown and Co. 1992. pp.321 e ss.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Alcance e objeto da flexibilização do Direito do Trabalho*. In A Transição do Direito do Trabalho no Brasil: Estudos em Homenagem a Eduardo G. Saad. São Paulo: LTr. 199, pp.33-37

_____. *Instituições de Direito do Trabalho*. 6ª edição. São Paulo: LTr. 1997. (1º e 2º volumes)

Revista *Trabalho & Doutrina*. Vol. 21 e Vol.23. São Paulo: Saraiva. 1999.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics Institutions of Capitalism- Firms, Markets, Relational Contracting*, New York/London: Free Press. 1987. pp.206-272

Exercícios:

1. Leia o artigo abaixo e depois de refletir sobre as colocações do autor, sugira três alterações na legislação trabalhista que você faria, caso fosse eleito Presidente da República:

Murro em Ponta de Faca

"Em 2001, foram julgados 2.380.741 processos trabalhistas, o equivalente a um processo para cada 13 trabalhadores empregados com carteira assinada. Foram pagos R$ 4,080 bilhões a reclamantes em processos julgados por uma Justiça Trabalhista que custou R$ 4,3 bilhões. Ou seja, a relação entre valores pagos a reclamantes e o custo da ação judicial é praticamente de 1 para 1, sem contar o que custam os advogados, fiscais e procuradores do trabalho. Sairia mais barato para o País – no mínimo 1/4 de porcentagem do PIB – se as empresas cumprissem o contrato de trabalho e a lei. Por que não cumprem?

Uma resposta é que deve ser mais barato para a empresa pagar ao trabalhador na Justiça que durante a vigência do contrato. As empresas alegam que, já que o trabalhador vai cobrar os diretos na Justiça de qualquer maneira, então é melhor resolver tudo de vez na presença de um juiz. As empresas dizem ainda que é elevado o custo demanter ou contratar advogados para lidar com demandas judiciais, mas mesmo assim o enorme número de ações sugere que deve ser mais barato pagar na Justiça que pagarem dia. Evidentemente, não deveria ser mais barato se o juiz, diante da

lei, do contrato e das evidências, fizesse o empregador pagar o que deve. As empresas economizariam, no mínimo, custas dos advogados.

Uma razão está em que, de acordo com a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o juiz deve buscar a conciliação entre as partes. De fato, o art. 764, parágrafo 1.º da CLT diz que "os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos". Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, em cerca de 45% dos casos há um acordo entre o trabalhador e a empresa. Ora, se a empresa sabe que, em não cumprindo a lei, poderá negociar a dívida perante um juiz com probabilidade de vir a pagar menos que o devido, por que pagar em dia?

Se a CLT exigisse que o juiz cumprisse a lei e o contrato de trabalho, e que arbitrasse o valor da dívida da empresa com base em evidências e provas, a empresa não teria incentivos para descumprir a lei e o contrato. O empresário poderia ainda argumentar que o custo de conhecer os meandros da legislação trabalhista é maior que o custo de constituir uma advogado para defender seus interesses perante o juiz. É pouco convincente. Talvez mais razoável seja argumentar que a legislação, por ser universal, não considera as peculiaridades de cada empresa, e induz algumas a descumprirem a lei mesmo sob o risco de serem autuadas e multadas, e terem de constituir advogados.

Considere-se o seguinte exemplo. Uma empresa de construção civil inicia obra cuja duração prevista é de dois anos e contrata 100 trabalhadores. O mesmo número que contratou uma siderúrgica. Encerrada a obra, é incerto se outra obra se seguirá. A produção na construção civil é descontínua por natureza. A produção de aço é contínua e, por razões tecnológicas, o grau de oscilação de produção é muito baixo. Portanto, a probabilidade de que a empresa de construção demitirá todos os trabalhadores daquela obra daqui a dois anos é muito maior que na siderúrgica. O custo de demissão sem justa causa nos dois setores é exatamente o mesmo (aviso prévio mais 40% do FGTS), mas, como a rotatividade da força de trabalho émuito maior na construção civil que na siderurgia, o valor esperado do custo salarial horário é muito maior no primeiro setor que no segundo. É evidente que o incentivo para a informalidade na construção é maior que na siderurgia.

A falta de negociação direta entre empresas e sindicatos e a impossibilidade de que para certos itens da pauta o negociado domine o legislado fazem com que a lei seja, em vários casos, incompatível com a produtividade do trabalhador, a tecnologia empregada e a estrutura de concorrência domercado em que opera a empresa. Insistir em lei tão abrangente, sem dar espaço para adaptações negociadas, é dar murro em ponta de faca, e o resultado é o elevado custo dos conflitos trabalhistas na Justiça e a informalidade.

O problema da legislação trabalhista está no fato de que deixa pouca margem à negociação. Há duas exceções que confirmam a regra. No artigo 7.º da Constituição, prevê-se a irredutibilidade do salário e da jornada de trabalho, "salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo". Essa cláusula oferece espaço para negociação dado que salário horário e jornada são a base econômica de qualquer relação de trabalho. Mas não é tão simples. A CLT considera ilegais alterações contratuais que possam ser interpretadas como lesivas ao trabalhador. Fora isso, todo o resto do artigo 7.º (salário mínimo, 13.º salário, férias e abono de 1/3 do salário, FGTS, salário noturno maior que diurno, horas extras, licenças maternidade e paternidade, aviso prévio, etc.) e da CLT não são passíveis de negociação.

Esse conjunto de regras é incompatível com a realidade de muitas empresas. Há Estados no Norte e Nordeste do País, por exemplo, em que parte considerável dos trabalhadores, devido a seu grau de instrução e produtividade, ganha menos que um salário mínimo. Se além do salário mínimo a legislação exige uma série de outros direitos mais o pagamento da contribuição para a previdência, é óbvio que grande parte da população ocupada encontra-se no setor ilegal ou informal. No governo FHC o piso salarial foi regionalizado, o que dá a governadores e a legislativos estaduais a

oportunidade tornar o salário mínimo mais compatível com o mercado de trabalho local. Mas a lei não pegou, e todos os anos os holofotes continuam apontando para Brasília para a definição do salário mínimo nacional.

A informalidade e o tamanho da Justiça do Trabalho são conseqüências do abismo que existe entre as exigências da lei, de um lado,e de outro, as condições econômicas e incentivos das empresas para cumpri-la. Se a lei desse mais espaço para a negociação e os juízes do trabalho fizessem cumprir os contratos, a informalidade e o próprio aparato judiciário seriam menores.

É cedo para dizer se o governo encaminhará uma proposta de reforma trabalhista que ataque esses pontos. Pela história da Central Única dos Trabalhadores e do próprio PT, seria de se esperar uma reforma cuja ênfase estivesse na valorização dos sindicatos e da negociação coletiva. É importante que os trabalhadores e patrões se organizem livremente, tornando as entidades mais representativas. Isso ajuda a tornar as negociações mais sensíveis aos interesses das partes.

Mas é pouco. Sem lidar com a relação entre a lei e a negociação, com mais espaço para a segunda, e o papel da Justiça do Trabalho, os ganhos de eficiência associados à reforma serão muito pequenos."
■ *Edward Amadeo, foi Ministro do Trabalho e é sócio da Tendências Consultoria Integrada*
(Artigo originalmente publicado no Estado de S. Paulo, 25/07/2004)

2. Considerando a questão da informalidade no mercado de trabalho, busque associar suas causas à dificuldade de redução dos índices de desemprego no Brasil.

3. Estabeleça as possíveis distinções existentes entre flexibilização de direitos trabalhistas e reforma da legislação trabalhista. Procure pesquisar nas fontes doutrinárias o tratamento desses temas.

A organização do trabalho na abordagem de Oliver Williamson

A organização coletiva do trabalho serve como forma para a redução de custos de transação nas relações que seriam estabelecidas individualmente entre empresa e trabalhadores. Imagine se a empresa tivesse que adotar um regime individual específico de relacionamento com para cada trabalhador dentro do e uma ambiente de trabalho. Isso certamente geraria possíveis discriminações formais, que poderiam ser desejáveis ou indesejáveis e prejudiciais em determinadas situações. O desenvolvimento dose recursos humanos (o que Williamson denomina chama de *human assets*, na concepção clara de que o trabalho constitui um importante ativo da

empresa), a resolução de conflitos por meio de negociações coletivas, adaptação do ambiente de trabalho, a consideração da dignidade presente nas relações, serão possíveis benefícios que variam de acordo com a intensidade e forma de acordo com as relações que a empresa adota para estruturar as relações de trabalho existentes e os prejuízos potenciais sobre a organização coletiva do trabalho.

Assim, no primeiro caso, a saber, a estrutura das relações, pode ser que a empresa utilize uma estrutura simples e arcaica para disciplinar complexas relações de trabalho. Isso teria conseqüências provavelmente negativas e fragmentárias (*disruptives consequences*) para a empresa e seus trabalhadores, especialmente pelo num desgaste da relação entre eles estabelecida. Pode ser também, que se utilizada uma estrutura complexa para disciplinar certas relações de trabalho que sejam simples, certamente haverá um risco de a empresa incorrer em custos excessivos. Assim, o próprio arcabouço jurídico e institucional de que esta se vale para moldar tais relações varia em maior ou menor complexidade.

A eficiência encontrada nos casos de organização do trabalho é aquela decorrente da melhor forma de envolvimento entre empresa e trabalhadores. Para verificar um arranjo ótimo desse arcabouço, algumas variáveis são analisadas por Williamson, como a existência de um o controle eficiente simbolizado pelo regramento das relações de trabalho, e como elas se desenvolvem e de mecanismos de a valoração das formas de organização do trabalho, isto e, como seria possível estimar, preventivamente ou posteriormente, as medidas que foram adotadas pela empresa para a coordenação dos fatores de produção e a no sentido de estabelecer uma organização de trabalho.[59]

[59] cf. Oliver E. WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics Institutions of Capitalism- Firms, Markets*, *Relational Contracting*, New York/London: Free Press. 1987. p. 242

CAPÍTULO XIV: TÓPICOS EM LAW & ECONOMICS

Proteção do Direito do Consumidor

A tutela do consumidor está protegida na Constituição Federal, através do princípio da proteção ao consumidor, elencado nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, além do artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a criação de um Código de Defesa do Consumidor (CDC). Por serem disposições importantes, vamos analisar cada uma delas: Primeiro, o art. 5º, XXXII determina que o "Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". É portanto uma obrigação do Estado dentro da legalidade; ou seja, deve haver uma lei que obrigue a competência do Estado de defender o consumidor. Depois, o art. 170: afirma que: "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... V – defesa do consumidor." Aqui, o que se vê não é apenas uma obrigação do Estado em promover a tutela do consumidor, mas ele fará tal defesa inspirado nos princípios da valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

O espírito da Constituição de 1988 suscitou diversas polêmicas, como já se afirmou. Enquanto uns caracterizaram-na pelo seu caráter liberal, limitando o Estado a ações quase que exclusivamente políticas, outros salientaram seu cunho mais programático.[1]. No entanto, a índole liberal da Carta, está expressa exatamente pelos valores consagrados no art. 170: os valores sociais da livre iniciativa e da justiça social, colocando-os no mesmo plano de outros valores maiores de uma sociedade, quando reafirmou-se o ideal da construção de uma sociedade livre, justa e solidária

[1]Eros GRAU analisa com percuciência: "Que a nossa constituição de 1988 é uma constituição dirigente, isto é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programa e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela conferem o caráter de *plano global normativo*, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica". Eros GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica.* p. 199.

(artigo 3º, inciso I). Acertadamente, como previram alguns na época de sua promulgação, a sensatez a favor da liberdade nas afirmações de longo prazo não estava traduzida em mecanismos seguros de viabilização do curto prazo.[2]

E finalmente, o Ato das Disposições Transitórias, o apêndice do texto constitucional que determina como será a transição, do momento em que a Carta é promulgada (05 de outubro de 1988) até 6 meses depois: o artigo 48 dispõe: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.". [1] O código em questão, como se sabe, foi editado, através da Lei nº 8.078, em 11.09.1990, não cento e vinte e dias depois, mas quase dois anos depois. É esta a lei do consumidor, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

O objetivo deste capítulo é simplesmente alinhavar alguns dos princípios e conceitos que importam nesta discussão. Antes contudo, vale um breve histórico do Direito do Consumidor.

Origens do Direito do Consumidor

O ser humano é consumidor, e podemos definir, precariamente, que é aquele que adquire. No curso da história da humanidade, o que podíamos facilmente observar era a fragilidade do adquirente (consumidor) na relação. Isto porque, se entende o consumidor até hoje como parte fraca de uma relação de subordinação às condições e interesses que o titular dos bens ou serviços (o fornecedor) impõe.

Luiz Otávio de Oliveira Amaral coloca o direito do consumidor como uma espécie de direito humano.[3] Com a evolução dos direitos do homem, os conceitos individualistas deram lugar aos coletivos, tendo, aqui no Brasil, atingido seu ponto máximo com a edição da Carta de 1988, onde o consumidor ganhou de fato *status*

[2]Geraldo VIDIGAL. *A ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988*. p. 376.
[3]Idem, ibidem

de área do Direito. É certo dizer que o consumidor ganhou espaço ao lhe ser assegurado, constitucionalmente, o direito à proteção dentro da *relação de consumo*, no artigo 5º, inciso XXXII. A expansão industrial e do consumo, provocaram grandes transformações na economia mundial, que acabaram por exigir uma maior proteção ao consumidor.

Caio Tácito, sobre a ampliação dos direitos humanos mostrava a tendência de ampliação do âmbito dos direitos humanos '*de modo a abranger já não mais os direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligados por uma relação jurídica básica (como, por exemplo, os acionistas de uma sociedade anônima, ou os membros de um condomínio) mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum'. E, entre os modelos dessas classes de pessoas, destacava que "aos consumidores sobreleva a qualidade dos produtos ou a defesa contra manipulações de mercado"* (RDA, v. 157/10-11)."[4]

No mercado de consumo, é fácil destacar a diferença entre aqueles que se utilizam e acessam o mercado, e aqueles que têm domínio sobre os meios (titulares de bens e serviços). Daí uma necessária e importante distinção entre consumidor e fornecedor.

A origem da proteção ao consumidor é antiga. Mas havia um outro instituto assemelhado, primitivo e com diferentes implicações. Tratava-se da proteção da "economia popular." Na Constituição Federal de 1934, precisamente nos artigos 115 a 117, têm-se as primeiras manifestações visando proteger a economia popular. Observa-se assim uma produção legislativa posterior que visa a proteção à economia popular em muitos aspectos, como por exemplo os decretos-lei nºs 869/38 e 9.840/46, que dispunham sobre crimes contra a economia popular, a Lei nº 4.137/62 que reprimia o abuso do poder econômico, e a Lei nº 7.347/85 que

[4] TÁCITO, Caio. Direito do Consumidor, in *O Direito na Década de 1990: novos aspectos*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 16.

regulou a ação civil pública visando a proteção dos interesses difusos, entre outras espécies normativas.

O Prof. Fábio Konder Comparato observa sobre o tema: *"esse ingresso recente da figura do consumidor nos textos constitucionais é bem compreensível, pois o próprio direito do consumidor, em seu conjunto, como realização de uma política pública, é algo de novo na evolução do Direito. Se se quiser datar sua origem, pode-se dizer que ela remonta a 1962, ano em que o Presidente Kennedy publicou sua famosa mensagem, definindo quatro direitos fundamentais dos consumidores: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido ou consultado."* [5]

A Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, quando da sua 29ª sessão, realizada em Genebra, utilizou-se dos princípios fundamentais, expostos pelo Presidente Kennedy, considerando-os como válidos, e essenciais à coletividade dos consumidores.

À medida que eram percebidos avanços nos direitos humanos, ao trabalhador, principalmente, lhe eram asseguradas novas conquistas. A grande parcela de consumidores é constituída de agentes econômicos que são também trabalhadores assalariados, das mais diversas áreas como o capítulo que trata das relações de trabalho demonstra. Ora, na proporção em que o trabalhador ganhava espaço e respeito, o consumo crescia. Neste ponto, a ONU tem participação ativa, através de discussões e debates acerca do tema, além de suas resoluções (vide Resolução nº 2.542/69 e Resolução nº 39.238/85).

Analisando os avanços históricos do direito do consumidor, Luiz Otávio de Oliveira Amaral preleciona: *"a revolução industrial tornou extremamente complexa a chamada economia de mercado. Os oligopólios arruinando a livre concorrência, o crescente poder psicossocial da indústria e do comércio, levaram o Estado liberal e clássico, pouco a pouco, a desenvolver uma*

[5] COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988, *in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 80, outubro-dezembro / 1990, p. 66

estrutura de regulação de todo o processo produtivo. E se é verdade que o princípio dos princípios da economia capitalista, a concorrência, precisa ser mantida, isto só pode ser realizado pela ordem jurídica, isto é, pelo Estado. A ordem jurídica (e o Estado) já pressupõe, por si só, a possibilidade de situações de intervenção estatal no domínio econômico. A economia de mercado já não é sinônimo de livre concorrência ou de livre iniciativa privada. (...) Em uma conjuntura econômica onde a substituição de importações significa maior protecionismo ao processo de industrialização e conseqüentemente ao comércio, mais, então, a ineludível necessidade de proteção ao consumidor, se faz presente."[6]

Com a edição do CDC, na esteira do princípio constitucional que visa tratar igualmente as pessoas (princípio da isonomia, elencado no *caput* do artigo 5º da Constituição), o tratamento diferenciado dado ao consumidor vem a confirmar a desigualdade existente e a tentativa de equilibrar a *relação de consumo*. Portanto, são dois os princípios que norteiam o chamado "Direito do Consumidor": o equilíbrio das relações entre fornecedor e consumidor (cujos conceitos veremos adiante) e a premissa para que este equilíbrio seja atingido, que é a presunção da hipossuficiência do consumidor.

A relação entre fornecedores e consumidores por muito tempo não foi objeto de grandes estudos e medidas que protegessem o pólo fraco e desamparado da relação. Com o advento do CDC, claro é seu objetivo, qual seja, estabelecer o equilíbrio da *relação de consumo*, na qual, quase sempre, um pólo age por interesse e coberto por poder, e o outro, por necessidade e vulnerável. O Prof. Comparato observa: *"o regime da produção em massa, instaurado com a chamada 'revolução industrial', acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores."* [7]

---

[6] AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. op. cit., p. 34.

[7] COMPARATO, Fábio Konder, A proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico, in *Defesa do Consumidor: textos básicos*, / coordenação: Luiz Amaral. – Brasília : Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1987, p. 34

Para estudarmos o assunto, e conforme comentamos, devemos ter definidos claramente os pólos da relação de consumo, mas antes é necessário investigar o papel do consumidor na base constitucional brasileira. É o que veremos adiante.

O consumidor e a Constituição Federal

O direito do consumidor tem seu berço constitucional, como vimos, na Constituição Federal de 1934, precisamente nos artigos 115 a 117, onde temos as primeiras manifestações de proteção da economia popular.

No entanto, é na Carta Magna de 1998, em seus artigos 5º, XXXII e 170, V, que o consumidor ganha *status* e passar a gozar das garantias constitucionais plenas, como um dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, o CDC estabelece, segundo o seu artigo 1º "normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem publica e interesse social" numa evidente preocupação latente com os direitos individuais consumeristas. Segundo Claudia Lima Marques, "*A Lei 8.078/90 tem clara origem constitucional (artigo 170, artigo 5º e artigo 25 DCT, todos da Constituição Federal de 1988-CF/88), subjetivamente direito fundamental e principio macro, ordenador da ordem econômica do país. E igualmente lei geral principiológica em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo.*" [8]

Portanto, em sendo matéria relevante com princípios próprios, vamos passar, agora sim, ao estudo dos seus principais conceitos: o de consumidor e o de fornecedor.

O conceito de consumidor

[8] Claudia Lima MARQUES. *Direito do Consumidor.*

No sentido mais amplo que o vocábulo consumidor por alcançar, este é a pessoa que consume uma coisa. [9]

Fábio Konder Comparato define consumidor como sendo *"os que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares deste."* [10]

Já Waldírio Bulgarelli classifica o CDC como sendo um microssistema legal autônomo pois no seu entendimento é uma "*lei completa, quase autônoma, com incursões no Direito privado, no campo administrativo, no plano processual e na órbita penal.*"[11] Para ele, a lei busca adentrar nos problemas decorrentes da relação de *consumo*, aonde a sociedade brasileira reclamava uma atenção especial diante dos problemas de desequilíbrio já mencionado.[12]

O consumidor deve ser aquele que utiliza ou adquire um determinado produto, disponível no mercado de consumo, ou tornar-se usuário de um serviço, também disponível no mercado, em ambos os casos, sempre mediante remuneração.

A noção de fragilidade do consumidor é clara. Na *relação de consumo*, conforme afirmamos anteriormente, é o consumidor quem está em desvantagem. Consumidor, em primeira análise, é aquele que consome. A hipossuficiência está implícita na idéia de proteção ao consumidor, seja pelo poder econômico de um fornecedor, seja pelo

---

[9] De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
[10] COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1.978
[11] BULBARELLI, Waldírio. Direito do Consumidor, in *O Direito na Década de 1990: novos aspectos*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 35.
[12] O professor Bulgarelli observa a existência de dois motivos relevantes, que por si só justificam a edição do CDC: "A justificativa de uma lei deste tipo encontra-se em pelo menos dois aspectos: a) A primeira, de caráter geral, é a de que a sociedade civil brasileira, à medida que se consolida o capitalismo na sua projeção mais acentuada, que é a da produção e distribuição em massa, vai tomando consciência de que necessita de proteção mais efetiva em relação ao modelo jurídico criado anteriormente, e conseqüentemente que a política jurídico-legislativa deve deixar de lado a postura adotada até agora de privilegiar sempre a empresa, para levar em conta os interesses daqueles a quem a produção é destinada, e que se convencionou chamar de consumidor. b) A outra, mais específica, é de certa forma antecedente àquela, pois refere-se à constatação de que os mecanismos jurídicos existentes revelam-se a cada dia insuficientes e incapazes de tornar efetiva a proteção que deve ser dispensada àqueles que se encontram em situação de inferioridade perante as empresas, tanto no que toca a reparação dos danos causados, como no que se refere a prevenção.", ibidem

próprio conceito do consumidor, aquela definição lapidar de Jean Clais-Auloy, que tem como ato de consumo aquele que visa à satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar." [13]

Ainda, Waldírio Bulgarelli coloca o consumidor como "*aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valorização jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos.*" [14]

O CDC nos dá quatro definições de consumidor, utilizando-se da técnica de equiparação, a fim de estender ou restringir a sua aplicação. Assim entende o Desembargador Antonio Janyr Dall´Agnol Júnior, afirmando que "utiliza-se o Código, com alguma freqüência, da técnica da equiparação, ao efeito de estender ao menos parte de suas regras a outras situações ou relações jurídicas. Confira-se o que ocorre com o art. 2º, § único, o art. 17 e, sobretudo, o art. 29." [15] Desta forma, encontramos tuteladas certas relações jurídicas, que dificilmente conseguiriam o ser, senão por outra norma específica. Ademais, estão vinculadas à estas equiparações relações jurídicas que, de alguma forma, são remetidas à relação de consumo e/ou ao fornecedor.

Estes quatro conceitos de consumidor, elencados no CDC são melhores explicados por Odete Carneiro de Queiroz: *"o Código nos oferece quatro conceitos desse pólo da relação jurídica ora analisada. Começamos por um conceito padrão,"standard", insere segundo os termos do artigo 2º um elemento teleológico, ao prescrever que é consumidor o destinatário final do bem ou serviço. A seguir, no parágrafo único do mesmo artigo, amplia o legislador o seu espectro de abrangência ao equiparar o consumidor à coletividade de pessoas que foram partícipes das relações*

---

[13] PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, in *Revista dos Tribunais,* abril de 1991, vol. 666, p. 51

[14] BULGARELLI, Waldírio. A Tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e de lege ferenda, in *A Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1.984

[15] DALL' AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Direito do Consumidor e Serviços Bancários e Financeiros – Aplicação do CDC nas Atividades Bancárias, in *Revista de Direito do Consumidor,* nº 27, julho/setembro – 1998, p. 9

de consumo, ainda que indetermináveis. Sopesando os graves consectários que poderão advir de uma negligente prestação de produto ou de serviço até mesmo para pessoas que não figuraram nessa relação, estende o Código sua proteção às vítimas dos acidentes de consumo, colocando à sua disposição todos os meios protetivos para fazer valer seus direitos. Assim, o artigo 17 coloca sobre sua tutela os atingidos pelos eventuais acidentes referidos, permitindo que os mesmos possam responsabilizar ditos fornecedores pelas lesões provocadas por suas atividades no mercado de consumo. Logo, esse terceiro ou bystander, terá o benefício da proteção criada para o consumidor, uma vez que houve a equiparação expressa feita pelo legislador. Nem se argumente que tal vítima em nenhum momento se afigura como consumidor, pois a lei diz que o será, através de uma equiparação criada por uma ficção legal cujo escopo deliberado outro não é, senão a proteção efetiva da vítima. Por fim, o último e quarto conceito que o legislador nos oferece de consumidor é o fixado no artigo 29, que visa a proteção de todo aquele que estiver exposto às práticas comerciais. E nesse caso a extensão é ainda mais abrangente pois todo aquele que está exposto a tais práticas, seja até mesmo outro fornecedor, aproveitará da tutela oferecida pelo Código. Trata-se de uma definição de política legislativa como tem sido apontada pela doutrina." [16]

Clara fica assim a intenção do legislador de proteger todos os partícipes da *relação de consumo*, que de alguma forma encontram-se em desvantagem perante o outro pólo.

De uma forma geral, podemos colocar, conforme conceitos econômicos já explorados anteriormente neste livro, a existência de dois tipos básicos de bens, ou seja, bens de produção e bens de consumo. Destes, os primeiros não encontram proteção do diploma legal que visa a proteção dos consumidores. Os bens de produção são aqueles que se destinam à produção de outros, através de processos industriais e de produção, por meio de sua transformação. Em contrapartida, os bens de consumo destinam-se ao mercado de consumo, para que os indivíduos, assemelhando-se, deste conceito, aquele estabelecido no Código Civil pátrio, relativo aos bens consumíveis.

---

[16] QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O Código do Consumidor e os Contratos Bancários, in *Aspectos Atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, 2º volume / coordenador Roberto Quiroga Mosquera. – São Paulo : Dialética, 2.000, pp. 190-191

Podemos classificar os consumidores conforme o bem consumido, diferenciando-se, desta forma, os consumidores no conceito econômico daquele protegido pelo CDC. Observamos assim, conforme entendimento da doutrina, a existência de bens naturalmente consumíveis e juridicamente consumíveis.[17] Tais conceitos encontram-se crivados no artigo 86 do Novo Código Civil.[18] São bens de consumo ou de uso aqueles adquiridos pelo consumidor (conceito econômico) como destinatário final (conceito jurídico – CDC), para uso próprio, incluindo-se a sua família. Ensina Arnoldo Wald: *"a lei de defesa do consumidor amplia, num sentido, e restringe, no outro, o conceito de bens de consumo do Código Civil, pois abrange tanto os de consumo como de uso (que se degradam com o tempo), mas exclui da sua acepção os bens juridicamente consumíveis mantendo, tão-somente, os naturalmente consumíveis, pelo fato de se referir (a defesa do consumidor), aos produtos adquiridos pelo destinatário final, o que não ocorre com os produtos utilizados para a alienação a terceiros (os livros e jóias acima referidos), pois quem aliena, evidentemente, não é destinatário final.*" [19]

Desta forma, excluídos estão os consumidores intermediários, que não adquirem como destinatários finais. O conceito de destinatário final deve estar muito claro, pois como prevê o CDC, no artigo 2º, é consumidor o destinatário final do bem ou serviço. Neste conceito devem estar inseridos, não somente a aquisição do bem ou serviço, mas sua destinação. Ora, o que o dispositivo legal visa é a solução para o desequilíbrio existente nas relações entre o fornecedor e o consumidor (destinatário final), pois este último foi reconhecido e considerado como o pólo vulnerável da relação de consumo. Na maioria das vezes este não tem como discutir ou buscar um acordo com o fornecedor, aquele que possui o poder e controle sobre os meios de produção.

---

[17] Anotação de WALD, Arnoldo, O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras, in *Revista dos Tribunais*, abril de 1991, vol. 666, p. 17, nota 15: "Arnoldo Wald, Direito Civil – Parte Geral, 6º ed., 1989, p. 146; Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, v. I/296 e 297; Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, 1944, pp. 41-44."

[18] "São consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação."

[19] WALD, Arnoldo, op. cit, p. 13

A vulnerabilidade encontrada na *relação de consumo* pode ser considerada sobre três pontos de vista: técnica, jurídica e fática.

A vulnerabilidade técnica é aquela que encontramos no CDC. Inerente, por força de lei ao consumidor não-profissional, ela assim foi estabelecida pelo legislador, observados os dados históricos da *relação de consumo*. É presumida para aquele consumidor, podendo-se, entretanto, através da técnica de equiparação, ser estendida ao consumidor-profissional nos casos previstos no CDC (vide arts. 2º e parágrafo único, 17 e 29).

Outra vulnerabilidade, a jurídica, é decorrência da falta de bagagem científica, por parte dos consumidores, de áreas técnicas e específicas do conhecimento humano (jurídicos, econômicos). A quase totalidade dos consumidores não tem preparo específico, sujeitando-se a possíveis armadilhas do pólo poderoso da *relação de consumo*. No caso do consumidor não-profissional, o CDC presume esta vulnerabilidade, e estendida às pessoas físicas desprovidas daquele conhecimento específico.

Por fim, observamos a vulnerabilidade presente numa situação real, no nível sócio-econômico, aonde temos uma pessoa física (ou jurídica), dentro de uma *relação de consumo* torna-se subordinada às condições e interesses que o titular dos bens ou serviços impõe. Esta é a vulnerabilidade fática. O detentor do bem ou serviço busca vantagem sobre seu poder econômico, visando impor-se em face do consumidor.

Voltando, assim, à problemática do destinatário da norma, podemos afirmar que para a sua definição deve ser observada a especialidade da tutela do CDC, somada à sua finalidade. Prevê o diploma legal uma situação específica aonde observamos a figura do destinatário final (art.2, *caput*), aonde este bem ou serviço seja adquirido sem a pretensão de recolocá-lo no mercado de consumo, ou seja como destinatário

final econômico do bem, deve existir a intenção de consumo, desgaste, utilização do bem ou serviço, não permitindo que seja novamente objeto de produção. Ora, aquele que adquire um bem com a intenção de revendê-lo, ou seja, futuramente negociá-lo, visando lucro, sem tê-lo transformado, permanecendo o bem no estado em que se encontrava, não está ele enquadrado como destinatário final.

Mas o CDC prevê equiparações. Nestes casos, o conceito de destinatário citado anteriormente fica prejudicado, pois colocadas as exceções no seu campo de aplicação, por diversas vezes iremos nos deparar com a falta de preenchimento do requisito destinatário final, como exemplo, a previsão do artigo 17 do CDC, onde um terceiro, vítima, não partícipe da relação direta de consumo, mas afetado por esta, tem sua proteção garantida pelo Código.

Cláudia Lima Marques, leciona: *"o destinatário final é o* endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.*" [20]

A aplicabilidade das normas do CDC, e sua extensão é decorrente da vulnerabilidade mencionada anteriormente. Desta forma, o legislador buscou criar recursos para o combate de práticas comerciais abusivas, que acabam por lesar os consumidores equiparados, evitando-se, também, prejudicar outros consumidores e a estabilidade e harmonia da economia como um todo, mais especificamente o mercado consumidor.

---

[20] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 3ª ed. ver., atual. e ampl., incluindo mas de 250 decisões jurisprudenciais. 2ª tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. – (Biblioteca de direito do consumidor; v. 1), p. 150

A empresa pode ser consumidora? Se o conceito clássico de destinatário final pressupõe o uso privado, não produtivo, do bem consumido, à primeira vista parece-nos que a resposta deveria ser negativa. Neste ponto observamos correntes com diferentes posicionamentos em nossa doutrina[21]. Contudo, grande parcela da doutrina pátria entende que uma interpretação restritiva dos conceitos do CDC não é aquela que o legislador buscava ao permitir a equiparação, ou a existência do consumidor-equiparado. Observamos caso em que se faz necessária sua extensão. Para que possa determinar o alcance desta extensão do conceito de consumidor, devemos observar a diferenciação entre os bens consumidos e bens insumidos.

Caio Tácito ao lecionar sobre o tema: *" excluídos, portanto, os consumidores intermediários, aqueles que se valem de produtos ou serviços, como bens de produção. Lembra, oportunamente, Geraldo Vidigal, que não se confundem os vocábulos consumir e insumir, como são distintas a utilização de bens ou serviços nas relações de consumo e sua integração como insumos de uma atividade produtiva.* (Cadernos IBCB 22, "Lei de Defesa ao Consumidor", pp. 17/18)." [22]

Marcos Maselli Gouvêa, analisando sob a ótica econômica, expõe: " *De acordo com a teoria clássica, o processo econômico é concebido como interação de quatro momentos: produção, circulação, distribuição e consumo. Ora, conquanto bens possam ser utilizados (insumidos) na produção, na*

[21] GOUVEA, Marcos Maselli, coloca a divergência doutrinária citando Tupinambá M. Castro do Nascimento e Toshio Mukai como defensores da teoria que o bem transformado, utilizado na produção de um novo produto é um bem consumido, enquanto que para Geraldo Vidigal a colocação "destinatário final" remete ao conceito econômico de consumidor, "O conceito de consumidor e a questão da empresa como destinatária final", in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 23-24, julho/dezembro – 1997, pp. 187-192

[22] TÁCITO, Caio, op. cit., p. 17.

circulação e na distribuição, somente será correto considerá-los consumidos se tal utilização, com esgotamento total ou parcial do valor do bem, se der na etapa final do processo – etapa de consumo, onde o bem é diretamente empregado na satisfação de uma necessidade econômica. Enfim, somente será consumidor o destinatário final não do bem, mas do processo econômico." [23]

Ora, na esteira do supra transcrito, faz-se necessária a análise da necessidade econômica. Para que estejamos diante de uma empresa destinatária final, esta deverá utilizar-se de bens, não como instrumentos para a produção de novos bens (insumos), e sim para uma satisfação direta e imediata de sua necessidade econômica. [24] Daí extraímos que quando uma empresa está adquirindo insumos necessários à prática de suas atividades, ou seja, quando adquire bens ou serviços considerados necessários para o desenvolvimento de sua atividade-fim, não estaremos diante de uma *relação de consumo*.

O conceito de fornecedor

Na definição do artigo 3º do CDC, fornecedor é: " toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de

[23] GOUVEA, Marcos Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como destinatária final, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 23-24, julho/dezembro – 1997, p. 189

[24] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, no Dicionário da Língua Portuguesa, coloca como significado da palavra insumo: "S.m. Econ. Combinação dos fatores de produção (matérias-primas, horas trabalhadas, energia consumida, taxas de amortização, etc.) que entram na produção de determinada quantidade de bens ou serviço."

serviços." Os parágrafos 1º ([25]) e 2º ([26]) do mencionado artigo definem, respectivamente, produto e serviço.

Cabe aqui a definição dada por Plácido e Silva, aonde "*fornecedor é todo comerciante ou estabelecimento que abastece, ou fornece, habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias a seu consumo.*" [27]

Na definição de fornecedor está inserido o conceito de empresário. [28] O Fornecedor oferece bens ou serviços ao mercado, observando-se o destinatário final como adquirente desta relação de consumo. Adalberto Pasqualotto, analisando a extensão do conceito de fornecedor, observa: *"Como fornecedora, a pessoa jurídica encontra plena justificação de sua presença nas relações de consumo. Não se exclui dessa condição a pessoa física, principalmente se levarmos em conta os profissionais liberais. Os fornecedores pessoas jurídicas podem ser privados ou públicos. Ficam incluídos, portanto, os entes estatais ou paraestatais, sob todas as suas formas (autarquias, companhias de economia mista e empresas públicas), que prestam serviços à coletividade, mormente os de fornecimento de energia elétrica, água, telefonia etc. Também os entes despersonalizados respondem perante o consumidor, o que inclui as sociedades de fato e quaisquer formas de cooperação ou atividade comum."* [29]

---

[25] "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial."
[26] "Serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."
[27] De Plácido e Silva, op. cit., p. 318
[28] COELHO, Fabio Ulhoa conceitua, para o direito moderno, empresário como sendo "toda pessoa, física ou jurídica, que articule o trabalho alheio com matéria-prima e capital, com vistas a produzir ou circular mercadorias ou prestar serviços para o mercado.", "*Manual de Direito Comercial*", 6ª ed., ver. atual. e aum.. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 10
[29] PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, in *Revista dos Tribunais*, abril de 1991, vol. 666, p. 52

Na visão de Caio Tácito o fornecedor é aquele que tem por obrigação o dever de lealdade e de transparência nas relações que envolvem o consumidor [30]. Tácito, baseado na definição do CDC, assim conceitua o fornecedor: "*No pólo oposto da relação de consumo situa-se o fornecedor, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou mesmo entes despersonalizados, que desenvolvem atividades diversas que importem na colocação de bem ou serviços à disposição dos consumidores (art. 3º).*" [31]

Ora, podemos estabelecer que para figurar no pólo da *relação de consumo* como fornecedor, deverá esta pessoa, necessariamente, estar disponibilizando ao mercado de consumo um bem, ou serviço, àqueles denominados consumidores, que estarão vinculados ao titular dos bens ou serviços a partir do momento em que se utilizarem dos bens ou serviços na como destinatários finais.

Devemos alertar que, conforme a citada *técnica da equiparação*, existe a extensão ao menos parte das regras do CDC a outras situações ou relações jurídicas. Nestas situações, observamos sempre a preocupação e a proteção da Lei em proteger o consumidor nas hipóteses em que, em decorrência da *relação de consumo*, ao fornecedor é imputada certa responsabilidade, seja sobre o produto, seja sobre o serviço.

Cláudia Lima Marques, no tocante ao conceito de fornecedor, transcrito acima, analisa o texto legal, dividindo-o em fornecimento de produtos e de serviços, a saber: "*Quanto ao fornecimento de produtos o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como*

[30] TACITO, Caio, op. cit., p. 20
[31] TACITO, Caio, op. cit., p. 17

a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais. A exclusão parece-me correta, pois o Código ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores. Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços. Mesmo o § 2º do art. 3º define serviço como sendo "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração", não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional . A remuneração do serviço é o único elemento caracterizar, e não a profissionalidade de que o presta. A expressão "atividades" no caput do art. 3º parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o co-contratante um consumidor. " [32]

No ensinamento acima, observamos clara a exclusão daqueles contratos firmados entre consumidores, em decorrência dos princípios elencados neste estudo, pois a finalidade do Código é a proteção do consumidor dentro da relação de consumo, aonde existe a desigualdade entre os pólos partícipes.

José Geraldo Brito Filomeno, comentando o CDC, observa o fato do legislador, ao fazer uso do termo "fornecedor", acabou por estender o conceito, abrangendo inúmeras

[32] MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., pp. 162-163

possibilidades, como o comerciante, o banqueiro, o fabricante, entre outros.[33] Assim ele argumenta: *"Nesse sentido, por conseguinte, é que são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despiciendo indagar-se a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital a solidariedade para a obtenção efetiva de proteção que se visa a oferecer aos mesmos consumidores."*[34]

Neste contexto, o fornecedor enquadra-se dentre aquele que pratica atividades voltadas ao mercado, este de consumo, excluindo-se aquelas situações aonde o produto não seja destinado ao destinatário final, na qualidade de prestador de serviços ou detentor de produtos disponibilizados aos consumidores.

---

[33] FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto* / Ada Pellegrini Grinover...[et. al.].", 6ª ed. – Rio de Janeiro – Forense Universitária, 1999, p. 39

[34] FILOMENO, José Geraldo Brito, op. cit., pp. 39 e 40

Leia e comente o seguinte texto:

A Boa Fé nas Relações de Consumo

Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Palestra proferida ao II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado de 8 a 11.3.94, em Brasília).

A norma-objetivo do art. 4º, de caráter nitidamente protetivo do consumidor, tem seu contraponto no princípio da harmonização de interesses conflitantes, de tal sorte que aquela necessidade de proteção deve ser compatibilizada com a de desenvolvimento econômico e tecnológico. E o que tem a ver a boa-fé na conciliação desses interesses?

Em primeiro lugar, devo dizer que a boa-fé aparece aqui como princípio orientador da interpretação e não como cláusula geral para a definição das regras de conduta. Expressa fundamental exigência que está à base da sociedade organizada, desempenhando função de sistematização das demais normas positivadas e direcionando sua aplicação. É um marco referencial para a interpretação e aplicação do Código, o que seria até de certo modo dispensável, pois não se concebe sociedade organizada com base na má-fé, não fosse a constante conveniência de acentuar a sua importância.

O princípio da boa-fé está mencionado no texto do art. 4º, III, como critério auxiliar para a viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica (art. 170 da CF). Isso traz à tona aspecto nem sempre considerado na boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios sócio-econômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional, atuando operativamente no âmbito da economia do contrato. Isso quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim o determinar. Considerando dois parâmetros de avaliação: a natureza da operação econômica pretendida e o custo social decorrente desta operação, a solução recomendada pela boa-fé poderá não ser favorável ao consumidor. Assim, por exemplo, nos contratos de adesão de consórcio para aquisição de bens, a cláusula que limita a devolução do numerário (devidamente corrigido) somente para o final do plano deve ser preservada, apesar de não satisfazer ao interesse do consorciado em obter a imediata restituição do que pagou, porquanto o interesse social mais forte reside na conservação dos consórcios como um instrumento útil para a economia de mercado, facilitando a comercialização das mercadorias, e estimulando a industrialização, finalidade esta que não deve ser desviada ou dificultada com o interesse imediatista do consumidor individual que se retira do grupo. O que está conforme o ensinamento de Rodotá: "a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social".

A aproximação dos termos ordem econômica - boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio. O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e

com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança.

Essa intervenção na economia do contrato, quando se dá por força da boa-fé, significará uma modificação na planificação acordada entre as partes, alterando a relação custo-benefício. Enquanto na execução linear da obrigação, eventual aumento do custo entra no âmbito de risco assumido voluntariamente pelas partes, já tal aumento, quando decorre da aplicação do princípio da boa-fé, não nasce diretamente das cláusulas contratuais acordadas. Então se põe a questão de saber se a alteração por força da boa-fé pode levar a um agravo que modifique a relação custo-benefício de forma tão substancial que influa na avaliação da conveniência do negócio. Isso interessa para decidirmos sobre a intensidade da exigência no cumprimento dos deveres, segundo resultem diretamente do contrato ou da boa-fé. Há quem sustente que, na primeira hipótese, o devedor somente poderia se exonerar demonstrando a lesão enorme, presente na celebração do negócio, ou modificação superveniente que quebrou a base do negócio e tornou insuportável o ônus para o cumprimento da prestação devida; já o dever decorrente da boa-fé, aumentando o risco e o custo do negócio para além do acordado, poderá ser afastado com a simples demonstração de que o cumprimento do dever criou à parte um sacrifício apreciável, que é um conceito econômico de intensidade menor que o de onerosidade excessiva. A mim, no entanto, parece que essa distinção quanto à força vinculante dos deveres, conforme a origem que tenham, somente poderia ser aceita depois de admitido o pressuposto de que o princípio da boa-fé se coloca em plano inferior ao do autonomia da vontade, quando ocorre exatamente o contrário: a autonomia da vontade é que deve ceder às exigências éticas da boa-fé objetiva. Logo, não procede a teoria de que o simples "sacrifício apreciável" a uma das partes seria suficiente para isentá-la do cumprimento de dever decorrente da aplicação da cláusula geral da boa-fé, porquanto desta resulta a formulação de uma norma jurídica de incidência plena sobre a relação obrigacional.